

TRIBUNAL DE ARBITRAJE

RECAUDO BOGOTÁ S. A. S.

contra

TRANSMILENIO S. A.

(No. 15929)

LAUDO

Bogotá D.C., tres (3) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Agotado el trámite del proceso y dentro de la oportunidad prevista por la ley para este efecto, procede el Tribunal de Arbitraje a dictar el laudo que pone fin a este trámite y que resuelve las diferencias contractuales surgidas entre RECAUDO BOGOTÁ S. A. S. EN REORGANIZACIÓN, parte demandante (en lo sucesivo, la convocante, Recaudo o el Concesionario) y EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S. A., parte demandada (en lo sucesivo, la convocada o Transmilenio).

El presente laudo se profiere en derecho, dentro de la oportunidad conferida por la ley y con el voto unánime de los árbitros.

CAPÍTULO PRIMERO: ANTECEDENTES DE ESTE PROCESO ARBITRAL - SINOPSIS DE SU CONTENIDO Y DEL TRÁMITE

I. CONFORMACIÓN DEL ARBITRAJE Y DESARROLLO DEL TRÁMITE PRELIMINAR

1. El pacto arbitral que invocan las partes es la cláusula compromisoria contenida en la cláusula 130 del Contrato No. 001 de 2011 de Concesión del Sistema Integrado de Recaudo, Control e Información y Servicio al Usuario (en lo sucesivo, "el Contrato") celebrado por las partes de este arbitraje.

En las Cláusulas 129 y 130 del citado contrato, las partes pactaron lo siguiente:

“CLÁUSULA 129. MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

Todas las disputas que surgieren entre las partes en relación con la interpretación o ejecución del presente Contrato, así como cualquier discrepancia relacionada con la existencia, validez o terminación del **Contrato**, serán resueltas a través de un **Tribunal de Arbitramento**.

Lo anterior, sin perjuicio de que puedan acudir a cualquiera de los mecanismos de solución de conflictos previstos en la normatividad.

“CLÁUSULA 130. TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO EN DERECHO.

Cualquier divergencia que surja entre las partes con ocasión de la celebración, interpretación, ejecución o liquidación de este Contrato que no sea de carácter técnico, será dirimida por un **Tribunal de Arbitramento**, el cual se regirá por las siguientes reglas:

- El **Tribunal** estará compuesto por tres (3) árbitros designados de común acuerdo por las partes cuando la cuantificación de la pretensión o la valoración del conflicto sea igual o superior a dos mil (2000) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de presentación de la respectiva solicitud de citación del **Tribunal**. En caso de desacuerdo serán designados por el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá.
- Cuando el valor de estimación del conflicto o de las pretensiones se encuentre por debajo de tal valor, se designará un único árbitro.
- El **Tribunal** se regirá por lo previsto en esta cláusula y por las disposiciones del Decreto 2279 de 1.989, Ley 23 de 1.991, el Decreto 2651 de 1991, la Ley 446 de 1998, el Decreto 1818 de 1998, y por las demás normas que los adicionen, modifiquen o reemplacen.
- La aplicación de multas, así como la aplicación y los efectos de las cláusulas de caducidad, terminación unilateral, interpretación unilateral y modificación unilateral, no podrán ser sometidas a arbitramento.
- El **Tribunal** tendrá un plazo de 4 meses prorrogables por un plazo igual, en caso de que así lo consideren necesario los miembros del **Tribunal**.
- Los gastos que ocasione la intervención del **Tribunal de Arbitramento** serán cubiertos de conformidad con las normas aplicables.

La intervención del **Tribunal de Arbitramento** no suspenderá la ejecución del contrato.”

2. El 14 de diciembre de 2018, con fundamento en la cláusula compromisoria referida, la demandante, mediante apoderado judicial designado para el efecto, solicitó la convocatoria del tribunal de arbitraje pactado, con el objeto que se hicieran las declaraciones y condenas que se transcriben posteriormente.
3. El 17 de septiembre de 2019 se llevó a cabo la audiencia de instalación del Tribunal de Arbitraje en la que se designó como Presidente al doctor Samuel Chalela Ortiz y como secretario al doctor Fernando Pabón Santander (Acta No. 1, Cuaderno Principal N° 1).
4. En dicha audiencia, se admitió la demanda de Recaudo y se dispuso también dar traslado de la misma a la demandada por el término legal de 20 días hábiles.
5. El 21 de noviembre de 2019, Transmilenio, por conducto de apoderado designado para el efecto, presentó contestación de la demanda y demanda de reconvencción. Dicha reconvencción se admitió por auto de 28 de noviembre de 2019.
6. El 18 de febrero de 2020 se presentó contestación de la demanda de reconvencción.
7. El 9 de marzo de 2020 se presentó reforma de la demanda la cual fue admitida por auto de 10 de marzo siguiente. En la misma fecha, se presentó reforma de la demanda de reconvencción.
8. El 1 de abril de 2020, Recaudo presentó contestación de la reforma de la demanda de reconvencción.
9. El 16 de abril de 2020, Transmilenio presentó escrito de contestación de la reforma de la demanda.
10. Por auto de 17 de abril de 2020, se dio traslado a la parte demandante del escrito de contestación de reforma de la demanda, por el término legal de cinco días, para los efectos del artículo 21 de la Ley 1563 de 2012.

11. En la misma providencia, se dio traslado a la parte demandante en reconvención del escrito de contestación de la demanda de reconvención, por el término legal de cinco días, para los efectos del artículo 21 de la Ley 1563 de 2012.
12. El 20 de mayo de 2020 se dio inicio a la audiencia de conciliación, diligencia que se suspendió por solicitud conjunta de las partes. Dicha audiencia se reanudó el 7 de julio de 2020, sin que las partes llegaran a acuerdo conciliatorio alguno.
13. En la misma audiencia del 7 de julio de 2020, se señaló el monto correspondiente a los gastos y honorarios del Tribunal. Dentro del término previsto en el inciso primero del artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, cada parte entregó a órdenes del Tribunal el monto correspondiente a las sumas de dinero fijadas a cargo de cada una de ellas por concepto de honorarios de los árbitros, secretario, gastos de funcionamiento y otros.
14. El 11 de agosto de 2020 se dio inicio a la primera audiencia de trámite, en la cual el Tribunal decidió sobre su propia competencia y decretó las pruebas del proceso.

II. SÍNTESIS DE LAS CUESTIONES OBJETO DE CONTROVERSIA

A. Hechos en que se fundamenta la demanda reformada

Los hechos más relevantes que invoca Recaudo en la reforma de la demanda y que resultan pertinentes para este laudo se transcriben a continuación:

1. “El 1 de agosto de 2011 RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. y TRANSMILENIO S.A. suscribieron el Contrato No. 001 de 2011 de Concesión del Sistema Integrado de Recaudo, Control e Información y Servicio al Usuario (SIRCI) del SITP...”.
2. “En relación con las obligaciones derivadas del Subsistema de Recaudo establecidas en la Cláusula 20, en el numeral 20.16 se estipuló:

‘La responsabilidad que se derive por el efecto económico en el Sistema que ocasione el fraude en la utilización del subsistema de recaudo¹ a cargo del

¹ Que de acuerdo con el numeral 1.81 del Contrato se entiende como “(...) los recursos, equipos, aplicativos, licencias, sistema gestor de base de datos, infraestructura, estructura organizacional, procesos y procedimientos relacionados con la operación de la actividad de recaudo de los dineros”

***CONCESIONARIO**, será asumida por él frente a TRANSMILENIO S.A. y frente a cualquier otro agente del SITP o tercero que sufra daño por tal causa”.*

3. “En el marco de la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2011, adjudicado a Recaudo Bogotá S.A.S., se han presentado diferentes circunstancias, vicisitudes y posturas en materia de control de la evasión en el pago de la tarifa para ingresar al Sistema Integrado de Transporte Público.”
4. “Entre junio de 2015 y septiembre de 2015 Recaudo Bogotá S.A.S., bajo coacción por parte de Transmilenio y la administración distrital, asumió el efecto económico de los ingresos de usuarios sin validación del medio de pago informados por la interventoría del contrato, cuando su personal en barrera no reconvenía al evasor, pagando el valor dejado de pagar por los usuarios evasores que se presentaran en estas circunstancias a la tarifa plena máxima vigente”
5. “... Recaudo Bogotá decidió justificadamente negarse a continuar con dichos pagos, pues con base en lo establecido en el contrato, la evasión era su responsabilidad únicamente cuando esta se presentaba por deficiencias en el subsistema de recaudo a su cargo...”.
6. “TRANSMILENIO y las interventorías de turno han manifestado siempre que la obligación de controlar la evasión y de asumir los efectos económicos de la misma es de RECAUDO BOGOTÁ, sin tener en cuenta los límites y alcances de sus obligaciones, justificando su interpretación en la definición de personal operativo del numeral 1.62 del contrato, en el que se dice que este se compone, entre otros, del personal a cargo del “control de evasión”, endilgándole la obligación de asumir cualquier fraude que se derive en el ingreso de usuarios sin validación del medio de pago con base en las cláusulas 20.16 y 20.17, y en el riesgo comercial asignado a RECAUDO BOGOTÁ en la Matriz de Riesgos en cuanto al fraude que se presente en estaciones y puntos de venta”.
7. “Mediante Oficio SIRCI-CA-0016-14 de 21 de enero de 2014 la interventoría señaló que en su criterio, se ha presentado evasión en el medio de pago en las barreras del Otrosí 7 debido a que no había supervisión operativa, por parte del personal

provenientes del pago de los pasajes del SITP”.

del Concesionario en el horario de operación normal del sistema, por lo que solicita implementar los correctivos y pagar a Transmilenio los pasajes no cancelados por los usuarios.”

8. “Mediante Oficio 507024-2015ER17338 de 17 de junio de 2015 Recaudo Bogotá estableció que la responsabilidad del SIRCI por fraude en el Subsistema de Recaudo se remite materialmente sólo al ámbito de su concesión, que comprende inicialmente la fase III y SITP, hasta tanto se mantengan en vigencia las concesiones de recaudo de las fases I y II (diciembre de 2015), y que la Policía Nacional es la designada legalmente para coaccionar al usuario al pago del servicio de transporte”.
9. “Recaudo Bogotá ha dispuesto el personal operativo suficiente en las barreras de control de acceso de las estaciones concesionadas para verificar el uso adecuado de las mismas y adelantar, a título de colaboración con el Ente Gestor del Sistema, más (sic) no como una obligación contractual, labores de control y advertencia (preventivas) a los usuarios, personal que ha resultado agredido por los evasores. Recaudo Bogotá no tiene facultades para sancionar al evasor, sino que estas son del fuero exclusivo de la Policía Nacional”.
10. “Recaudo Bogotá estableció que no se explica cómo la interventoría espera que, aun cuando el concesionario no puede ejercer legalmente ningún tipo de fuerza o amonestación al usuario evasor, sí debe responder por dicho acto, sin considerar que el control de la evasión se encuentra a cargo de la Policía y el Distrito, y que Recaudo Bogotá también es víctima de la evasión. El concesionario no asumió el riesgo del fraude con los alcances pretendidos por Interventoría, pues su responsabilidad hace referencia solamente a la utilización del subsistema de recaudo a cargo del concesionario”.
11. “Recaudo Bogotá reiteró su preocupación por la agresión de la que han sido víctimas sus funcionarios en barreras, señalando que la Policía, quien tiene la facultad de controlar a los evasores por ser una contravención de acuerdo a lo señalado en el Manual del Usuario y en el Código de Policía, actúa de manera indolente dejando desprotegidos no sólo a los colaboradores sino a los mismos

usuarios, por lo que se pide coordinar una mayor y más efectiva presencia de la Policía en las estaciones.”

12. “Recaudo Bogotá solicitó a Transmilenio el apoyo de personal uniformado en todas las estaciones del Sistema durante los horarios de operación del mismo, ante el impedimento legal del concesionario del SIRCI de tomar acciones en contra de los evasores, pues este comportamiento de la evasión es una contravención de acuerdo con el Código de Policía cuyo comportamiento debe ser efectivamente sancionado por la Policía, resaltando que su personal en barreras ha resultado agredido”.
13. “Entre enero de 2013 a diciembre de 2019, 850 colaboradores han resultado agredidos, 253 de ellos resultaron afectados gravemente en su integridad física, uno de ellos con desenlace fatal, luego de llamar la atención de usuarios que se rehusaron a validar el pago de la tarifa mediante su tarjeta en el dispositivo de control de acceso dispuesto para su ingreso al sistema troncal, causando más de 1000 días de incapacidad acumuladas por tal concepto y el deceso de uno de nuestros colaboradores”.
14. “TRANSMILENIO implementó un servicio canino anti-evasión con fines preventivos y no represivos, con el fin de prevenir la evasión del medio de pago que se presentaba en las estaciones y puntos de pago; sin embargo, esta medida fue poco eficiente, lo cual se corrobora con la decisión de Transmilenio en enero del presente año 2020 de retirar el servicio canino anti-evasión”
15. “RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. instaló los torniquetes (Barreras de Control de Acceso - BCA) en las estaciones y portales del Sistema Integrado de Transporte de acuerdo con las especificaciones técnicas establecidas en el Contrato de Concesión 001 de 2011”.

B. Las pretensiones de la demanda reformada

La demandante solicita que se hagan las siguientes declaraciones, que se transcriben textualmente para facilitar las referencias que se harán en las consideraciones:

“PRIMERA PRINCIPAL. Que se declare que de conformidad con las cláusulas contenidas en el numeral 1.62, cláusula 20, numerales 20.16, 20.17 y la Nota 1 del

numeral 20.19 del Contrato de Concesión 001 de 2011, RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. no es responsable ni del control ni de la asunción del efecto económico de la evasión presentada en todos los casos, sino que su responsabilidad se encuentra estrictamente limitada a aquella (i) que se realiza con ocasión de fallas que sean atribuibles al subsistema de recaudo y (ii) cuyo control no se encuentre atribuido a otra entidad o a terceros.

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA PRIMERA PRINCIPAL. Que se interprete el Contrato de Concesión 001 de 2011 y se declare que en virtud de las cláusulas contenidas en el numeral 1.62, cláusula 20, numerales 20.16, 20.17 y la Nota 1 del numeral 20.19 del Contrato de Concesión 001 de 2011, RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. no es responsable ni del control ni de la asunción del efecto económico de la evasión presentada en todos los casos, sino que su responsabilidad se encuentra estrictamente limitada a aquella (i) que se realiza con ocasión de fallas que sean atribuibles al subsistema de recaudo y (ii) cuyo control no se encuentre atribuido a otra entidad o a terceros.

SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA PRIMERA PRINCIPAL. Que se declare que RECAUDO BOGOTÁ S.A.S., de acuerdo con la Matriz de Riesgos contenida en el Anexo 5 del Contrato de Concesión 001 de 2011, no asumió ilimitadamente todos los riesgos (sic) por fraude que se presentaran en las estaciones y puntos de venta, sino solamente aquellos de baja probabilidad de ocurrencia y de impacto alto, que se presentaran por fallas que sean atribuibles al subsistema de recaudo.

SEGUNDA PRINCIPAL. Que se declare que TRANSMILENIO S.A. incumplió el régimen legal de los riesgos en el derecho público de la contratación estatal y el Contrato de Concesión No. 001 de 2011 al exigir de Recaudo Bogotá S.A.S. que responda por todos los casos de evasión del medio de pago presentados, sin tener en cuenta los alcances y límites de las obligaciones y funciones del personal operativo dispuesto por el Concesionario del SIRCI, riesgos que no giran en torno a su empresa o actividad y escapan de su control o administración (sic).

TERCERA PRINCIPAL. Que se declare que el control de la evasión del pago de la tarifa presentada por eludir las barreras físicas de control de acceso dispuestas por RECAUDO BOGOTÁ S.A.S., es un asunto de orden público, que afecta la convivencia y seguridad de los usuarios del sistema de transporte público, siendo responsabilidad exclusiva del Estado y de la Policía Nacional contrarrestarla, de conformidad con la Ley 1801 de 2016.

CUARTA PRINCIPAL. Que se declare que TRANSMILENIO S.A. como Ente Gestor del Sistema, es el responsable de adoptar en conjunto con la Policía Nacional las medidas para evitar la evasión del medio de pago, por circunstancias distintas a fallas técnicas del subsistema de recaudo, lo cual ha venido haciendo pero de manera insuficiente, ineficiente y negligente.

QUINTA PRINCIPAL: Que como consecuencia de la prosperidad de una, varias o todas las pretensiones anteriores, se declare que Transmilenio S.A. debe adoptar a su costo y riesgo medidas tecnológicas, técnicas, de infraestructura y de aumento de fuerza pública eficientes y necesarias para evitar la evasión del medio de pago en el

sistema integrado de transporte público, por circunstancias distintas a fallas técnicas del subsistema de recaudo.

SEXTA PRINCIPAL. Que se declare que RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. no está obligada a responder por obligaciones de imposible cumplimiento, por no tener la capacidad ni la facultad legal ni constitucional ni contractual para controlar la evasión del medio de pago por medios físicos (colados), estando su responsabilidad limitada a la evasión (i) que se realiza con ocasión de fallas técnicas que sean atribuibles al subsistema de recaudo y (ii) cuyo control no se encuentre atribuido a otra entidad o a terceros.

SÉPTIMA PRINCIPAL. Que se declare que RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. fue objeto de coacción por parte de TRANSMILENIO S.A. en relación con el cumplimiento de la obligación relacionada con la evasión del medio de pago por medios físicos (colados), al iniciar procesos administrativos sancionatorios e imponer interpretaciones unilaterales, no adoptadas con las formalidades de ley, de las obligaciones y responsabilidades del Concesionario del SIRCI.

OCTAVA PRINCIPAL. Que se declare que Recaudo Bogotá S.A.S. cumplió con las especificaciones técnicas exigidas por Transmilenio S.A. en el Contrato de Concesión 001 de 2011, en relación con los torniquetes (Barreras de Control de Acceso - BCA) instalados en las estaciones y portales del sistema integrado de transporte público.

NOVENA PRINCIPAL. Que como consecuencia de la pretensión inmediatamente anterior, en caso de que se ordene a Recaudo Bogotá cambiar los torniquetes con otras especificaciones técnicas que no fueron pactadas en el Contrato de Concesión 001 de 2011, Transmilenio S.A. asuma los costos de esta modificación y restablezca el equilibrio económico del contrato a que haya lugar al Concesionario del SIRCI.

DÉCIMA PRINCIPAL. Que se declare que la evasión del medio de pago, no imputable a fallas técnicas del subsistema de recaudo, es responsabilidad exclusiva de Transmilenio S.A. por la no implementación plena del sistema y el abandono y deterioro del sistema de transporte público.

DÉCIMA PRIMERA PRINCIPAL. Que como consecuencia de la prosperidad de una, varias o todas las pretensiones declarativas principales y/o subsidiarias anteriores, se condene a Transmilenio S.A. a pagar en favor de Recaudo Bogotá, bajo el principio de indemnización integral, el valor de los perjuicios económicos sufridos con ocasión de la evasión presentada del medio de pago para ingresar al sistema integrado de transporte público.

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA DÉCIMA PRIMERA PRINCIPAL: Que como consecuencia de la prosperidad de una, varias o todas las pretensiones declarativas principales y/o subsidiarias anteriores, se condene a Transmilenio S.A. a pagar en favor de Recaudo Bogotá los ingresos dejados de percibir por la evasión del medio de pago presentada, de conformidad con lo pactado en el contrato para la remuneración del Concesionario del SIRCI.

DÉCIMA SEGUNDA PRINCIPAL. Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte convocada.”

C. La contestación de la demanda reformada

El 16 de abril de 2019, Transmilenio presentó escrito de contestación de la reforma de la demanda en el que se pronunció sobre los hechos, se opuso a las pretensiones y propuso las siguientes excepciones y defensas:

- El concesionario asumió la obligación, responsabilidad y el riesgo de “*fraude*” en la utilización del Subsistema de Recaudo a su cargo con el alcance previsto en el Contrato de Concesión.
- Aplicados los criterios de interpretación de los Contratos, es claro que el Concesionario no solamente se obligó a mitigar y controlar el fenómeno de la evasión en el sistema, sino, también, a incorporar los mecanismos, procedimientos y recursos necesarios para los efectos.
- El Concesionario es el llamado a cumplir su alcance obligacional y a asumir los riesgos trasladados.
- El actuar de la Policía Nacional y sus obligaciones misionales no excluyen ni se oponen al cumplimiento de las obligaciones contractuales que tiene el Concesionario en relación con el fraude y la evasión en el Sistema.

D. Hechos en los que se funda la demanda de reconversión reformada

El 9 de marzo de 2020, Transmilenio presentó reforma de la demanda de reconversión. Los hechos más relevantes que invoca en dicha reforma de la reconversión y que resultan pertinentes para este laudo se transcriben a continuación:

1. “TRANSMILENIO S.A. como Ente Gestor del Sistema entregó, a título de “CONCESIÓN” al Concesionario la provisión, administración, operación, mantenimiento la explotación y, por supuesto, la responsabilidad integral del SIRCI² (como se definirá más adelante). Lo anterior, teniendo en cuenta que el

² Ver numeral 1.79 de la cláusula 1 del Contrato de Concesión “Es el conjunto de software, hardware y demás componentes que permiten la gestión y operación de recaudo, de los centros de control troncal y zonal, de información y servicio al usuario, la consolidación de la información y la conectividad de la

SIRCI es un componente del SITP necesario para la prestación del servicio de transporte masivo urbano de pasajeros en Bogotá y su área de influencia”.

2. “... para los efectos del Contrato de Concesión, “**fraude**” debe entenderse como todo tipo de actividad que, atribuible o no al Concesionario, con intensión o sin ella, **derive en que no se produzca el pago de la tarifa por parte del usuario**, máxime cuando tal acción (*ingresar al Sistema sin el pago de la tarifa*), se produzca por medio de recursos, Equipos e infraestructura que integran el Subsistema de Recaudo provisto y operado por el Concesionario”.
3. “... el Concesionario dentro de su autonomía de la voluntad aceptó llevar a cabo unas medidas de mitigación ante el acaecimiento del riesgo analizado, para lo cual consintió, entre otras, reclutar personal experto en seguridad, prestar el apoyo mediante “controladores” a su cargo y utilizar seguridad privada. Esto, en línea con las obligaciones contractuales descritas en las cláusulas 1.62, 20.16 y 20.17 del Contrato de Concesión”.
4. “... el riesgo de Fraude en el SITP por ingreso de usuarios al Sistema evadiendo el pago es un riesgo atribuido y asignado al Concesionario, máxime cuando tal actividad se realiza por medio o a través de los Equipos, recursos e infraestructura que hacen parte del Subsistema de Recaudo, provisto, administrado y operado exclusivamente por el Concesionario”.
5. “En efecto, los requerimientos contractuales realizados por la Interventoría del proyecto datan del seguimiento técnico sobre el cumplimiento del Contrato de Concesión y, concluyen, como se evidencia de los mismos, un incumplimiento por parte del Concesionario”.
6. “Mediante comunicación 2017EE21473 del 20 de diciembre de 2017, TRANSMILENIO S.A. puso en conocimiento del Concesionario el “**inicio de procedimiento sancionatorio No. 043 de 2017, por el ingreso de usuarios al**

totalidad del SITP”. El SIRCI incluye el Subsistema de Control de Flota, el Subsistema de Recaudo, el Subsistema de Información y Servicio al Usuario y el Subsistema de Integración y Consolidación de la Información.

Sistema sin validación del medio de pago". Para los efectos, se adjuntó el "Informe de Posible Incumplimiento No. 025" radicado por la Interventoría del Proyecto mediante la comunicación No. No. 20173230529711 fechada 11 de septiembre de 2017".

7. "El día 17 de diciembre de 2018, producto de lo indicado en la comunicación 2018EE22596 del 22 de noviembre de 2018, se dio inicio a la Audiencia de descargos dentro del proceso sancionatorio No. 043. En audiencia, entre otros, el Concesionario se permitió presentar ante TRANSMILENIO S.A. un "plan de acción para robustecer el apoyo a Transmilenio, las autoridades distritales y la Policía Nacional, en el control de la evasión originada en acciones y proceder de los usuarios del Sistema, ajenos por completo al funcionamiento del subsistema de recaudo instalado y operado por Recaudo Bogotá".
8. "El día 7 de noviembre de 2017 se celebró el 'Contrato Interadministrativo No. 564 entre TRANSMILENIO S.A. y LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, cuyo objeto principal es 'contratar la prestación de servicios para desarrollar esquemas de intervención basados en la mediación social, pedagogía y estadística, con el fin de intervenir el fenómeno de la evasión y generar nuevo conocimiento para el manejo social de conflictos que repercuten en la seguridad del Sistema de transporte público gestionado por TRANSMILENIO S.A".
9. "Según los resultados del Contrato Interadministrativo No. 564, 'los evasores semanales del Sistema ascienden a un total de 2.488.255, lo que corresponde a un ingreso NO percibido de COP\$5.297.494. Con esto, se tiene que los evasores anuales ascienden a la suma de 104.349.614, lo que genera un ingreso NO percibido anual para el Sistema de COP\$222.937.893.376. (...)".

E. Las pretensiones de la demanda de reconvención reformada

La demandante en reconvención solicita que se hagan las siguientes declaraciones, que se transcriben textualmente para facilitar las referencias que se harán en las consideraciones:

PRIMERA: Que se declare que Recaudo Bogotá S.A.S. se obligó a contar con el Personal Operativo requerido en las Estaciones y Portales del Sistema, de conformidad con lo dispuesto en las cláusulas 1.62., 20.17 y 21.1. del Contrato de Concesión.

SEGUNDA: Que se declare que Recaudo Bogotá S.A.S. se obligó a adoptar las funcionalidades y los recursos, procedimientos y mecanismos necesarios que permitan llevar a cabo un eficiente control del Fraude en las áreas de las Estaciones y Portales que integran el Subsistema de Recaudo, en los términos de las cláusulas 1.31, 16.3, 20.7, 20.17 y 22.11 del Contrato de Concesión y la Matriz de Riesgos contenida en el Anexo 5 del mismo Contrato.

TERCERA: Que se declare que Recaudo Bogotá S.A.S. asumió la responsabilidad y los efectos económicos de la evasión en el Sistema de conformidad con los numerales 20,16 y 20,17 de la cláusula 20 del Contrato de Concesión y la Matriz de Riesgos contenida en el Anexo 5 del mismo Contrato.

CUARTA: Que se declare que Recaudo Bogotá S.A.S. incumplió el Contrato de Concesión por no contar con el Personal Operativo requerido en las Estaciones y Portales del Sistema, de conformidad con lo dispuesto en las cláusulas 1.62, 20.17 y 21.1. del Contrato de Concesión.

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA CUARTA PRINCIPAL: Que se declare que Recaudo Bogotá S.A.S. asumió los riesgos previstos en la cláusula 20.17 del Contrato de Concesión y aquellos que le fueron asignados en la Matriz de Riesgos contenida en el Anexo 5, particularmente el riesgo derivado del fraude por evasión del pago en el ingreso al Sistema a través de las áreas de las Estaciones y Portales que integran el Subsistema de Recaudo, sin perjuicio de lo dispuesto en la Nota 1 de la Cláusula 20.

SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA CUARTA PRINCIPAL: Que como consecuencia de la asunción de riesgos previstos en la cláusula 20.17 del Contrato de Concesión y la Matriz de Riesgos contenida en el Anexo 5, se condene a Recaudo Bogotá S.A.S. a cumplir con la obligación de incorporar los recursos, procedimientos y mecanismos necesarios para mitigar el fraude en las áreas de las Estaciones y Portales que integran el Subsistema de Recaudo, así como identificar y controlar las fuentes de fraude internas y externas.

QUINTA: Que se declare que Recaudo Bogotá S.A.S. incumplió el Contrato de Concesión al no adoptar las funcionalidades y los recursos, procedimientos y mecanismos necesarios que permitan llevar a cabo un eficiente control del fraude, así como de los ingresos, salidas y trasbordos de los usuarios en las áreas de las Estaciones y Portales que integran el Subsistema de Recaudo, en los términos de las cláusulas 1.31, 16.3, 20.7, 20.17 y 22.11 y la Matriz de Riesgos contenida en el Anexo 5.

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA QUINTA PRINCIPAL: Que se declare que Recaudo Bogotá S.A.S. asumió los riesgos previstos en la cláusula 20.17 del Contrato de Concesión y aquellos que le fueron asignados en la Matriz de Riesgos contenida en el Anexo 5, particularmente el riesgo derivado del fraude

por evasión del pago en el ingreso al Sistema a través de las áreas de las Estaciones y Portales que integran el Subsistema de Recaudo, sin perjuicio de lo dispuesto en la Nota 1 de la Cláusula 20.

SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA QUINTA PRINCIPAL: Que como consecuencia de la asunción de riesgos previstos en la cláusula 20.17 del Contrato de Concesión y la Matriz de Riesgos contenida en el Anexo 5, se condene a Recaudo Bogotá S.A.S. a cumplir con la obligación de incorporar los recursos, procedimientos y mecanismos necesarios para mitigar el fraude en las áreas de las Estaciones y Portales que integran el Subsistema de Recaudo, así como identificar y controlar las fuentes de fraude internas y externas.

SEXTA: Que, como consecuencia de uno, varios o todos los incumplimientos anteriores se condene a Recaudo Bogotá S.A.S. a pagar a favor de TRANSMILENIO S.A. la suma de TREINTA Y SIETE MIL CIENTO CUARENTA Y CUATRO MILLONES DE PESOS (COP\$ 37.144.000.000) de 31 de diciembre de 2010, en aplicación de la Cláusula Penal Pecuniaria prevista en la cláusula 132 del Contrato de Concesión, en concordancia con la cláusula 1.16. del mismo Contrato.

SÉPTIMA: Que se condene a Recaudo Bogotá S.A.S. a cumplir con la obligación de contar con el Personal Operativo específico a cargo del control de la evasión en las Estaciones y Portales del Sistema, de conformidad con lo dispuesto en las cláusulas 1.62., 20.17 y 21.1. del Contrato de Concesión.

OCTAVA: Que se condene a Recaudo Bogotá S.A.S. a cumplir con la obligación de incorporar los recursos, procedimientos y mecanismos eficientes y necesarios para garantizar el control del Fraude en las áreas de las Estaciones y Portales que integran el Subsistema de Recaudo, así como identificar y controlar las fuentes de fraude internas y externas, de conformidad con lo estipulado en el Contrato de Concesión.

NOVENA: Como consecuencia de la incorporación de los recursos, procedimientos y mecanismos eficientes y necesarios para garantizar el control del fraude en las áreas de las Estaciones y Portales que integran el Subsistema de Recaudo, se condene a Recaudo Bogotá a proveer, instalar, administrar, operar y mantener Barreras de Control de Acceso – BCA con las especificaciones técnicas, mecánicas y operacionales adecuadas que permitan la prevención y mitigación efectiva del Fraude en el Sistema.

DÉCIMA: Que se condene a Recaudo Bogotá S.A.S. al pago de las costas del proceso.”

F. La contestación de la demanda de reconvenición

El 15 de abril de 2019, Recaudo presentó escrito de contestación de la demanda de reconvenición reformada en el que se pronunció sobre los hechos, se opuso a las pretensiones y propuso las siguientes excepciones y defensas:

- TRANSMILENIO S.A. desconoce lo pactado en el contrato, desbordando el alcance de las obligaciones y responsabilidades asumidas por RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. en la ejecución del Contrato de Concesión 001 de 2011. El contrato es ley para las partes y obliga a lo allí pactado -principio *pacta sunt servanda* o *lex contractus* en contratación estatal.
- Los motivos en que fundamenta TRANSMILENIO S.A. las pretensiones de la demanda de reconvención constituyen riesgos que NO fueron asumidos por RECAUDO BOGOTÁ S.A.S., sino que corresponde contrarrestarlos a terceros y otras entidades. El concesionario NO asumió ilimitadamente todos los riesgos por fraude que se presentaran en las estaciones y puntos de venta, sino solamente los que giraban en torno a su empresa o actividad. El control de orden público es un hecho que escapa el alcance de sus actividades, el cual debe ser cumplido por el Estado y la Policía Nacional.
- RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. NO está obligada a responder por obligaciones de imposible cumplimiento. La demandante en reconvención pretende que el Concesionario del SIRCI cumpla con obligaciones que NO puede realizar, por no tener la capacidad ni la facultad legal ni constitucional para controlar la evasión del medio de pago por medios físicos (colados). '*Add impossibilia nemo tenetur*': Nadie está obligado a cosas imposibles.
- TRANSMILENIO S.A. como Ente Gestor del Sistema, es quien debe adoptar en conjunto con la Policía Nacional las medidas para evitar la evasión del medio de pago, lo cual ha venido haciendo pero de manera insuficiente, ineficiente y negligente.
- Inexistencia de incumplimiento por parte de RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. a sus obligaciones establecidas en el Contrato de Concesión 001 de 2011 por cuanto los motivos en que fundamentan TRANSMILENIO S.A. los hechos y pretensiones de la demanda de reconvención relativas al presunto incumplimiento del Concesionario del SIRCI no hacen parte de lo pactado en el contrato
- RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. fue objeto de coacción por parte de TRANSMILENIO S.A. en relación con el cumplimiento de la obligación relacionada con la evasión del medio de pago por medios físicos (colados), al

iniciar procesos administrativos sancionatorios e imponer interpretaciones unilaterales, no adoptadas con las formalidades de ley, de las obligaciones y responsabilidades del Concesionario del SIRCI.

- TRANSMILENIO S.A. viola el principio de buena fe precontractual y contractual, al ir en contra de sus propios actos, cuando había manifestado en la etapa precontractual que el contratista no tenía facultades de policía y en la ejecución cuando implementó un conjunto de acciones en aras de conjurar la evasión del medio de pago.
- TRANSMILENIO S.A. no puede alegar en su favor su propia culpa *'Nemo auditur propriam turpitudinem allegans'*.
- Excepción genérica.

III. DESARROLLO DEL TRÁMITE ARBITRAL

A. Pruebas

Mediante providencia de 11 de agosto de 2020, se decretaron las pruebas del proceso, las cuales se practicaron como se reseña a continuación.

1. Mediante auto de 3 de septiembre de 2020 se aceptó el desistimiento de los testimonios de Freddy Pabón y José Félix Vega.
2. El 7 de septiembre de 2020 se recibieron los testimonios de David Antonio Camacho González, Enrique Horacio Barbosa Reina, Jerzon Carrillo Pinzón y Lina Tatiana Pinzón Peña.
3. El 10 de septiembre de 2020 se practicó el testimonio de Carlos Alberto Moncada Aristizábal.
4. El 1º de octubre de 2020 se practicaron los testimonios de María Elena Gómez Méndez, Luz Stella Páez Cañón, Fabián Leonardo Ávila Vargas, Diana Milena Núñez Barrera, Luz Darys Garcés Badel y Luz Ángela Pineda Murcia.

5. En la misma audiencia, se dispuso la incorporación al expediente de los documentos remitidos por Transmilenio con el informe bajo juramento rendido por el representante legal de la entidad y de los videos empleados para el análisis de la evasión en el 2018, en el marco del contrato 564-2017.
6. En la misma fecha, se aceptaron los desistimientos de los testimonios de Ingrid Johana Sierra Medina, Jenny Vanessa Acosta, Yuverly Andrea Roperó Noguera, Jorge Enrique Triana Sarmiento, Diana Constanza Mengua Jutinico, Alisson Malary Aldana, Mayerly Chontal Villarraga, Wendy Lorena Fajardo Huérfano, Yeiny Marisney Pineda Gil, Francisnen Bejarano Conde, Fernando Vargas Orozco y Juan David Rico Vélez.
7. El 22 de octubre de 2020 se recibió el testimonio de Paula Andrea López Vargas y se aceptó el desistimiento de los testimonios de Mónica Suárez Rodríguez y Francis Adrián Román.
8. El 17 de noviembre de 2020 se practicó el testimonio de Julia Rey Bonilla y se aceptó el desistimiento de los testimonios de Claudia López Hernández y de Luis Ernesto Gómez.
9. El 9 de diciembre de 2020 se practicaron la declaración de parte del representante legal de Recaudo y el interrogatorio de parte del mismo representante legal.
10. El 19 de enero de 2021, se practicaron los interrogatorios de los expertos César Pedraza Bonilla y Diego Escobar Uribe.
11. El 20 de enero de 2021, se practicó el interrogatorio del experto Juan Manuel Robledo Restrepo.
12. Mediante auto del 10 de febrero de 2021, en atención a la manifestación conjunta de los apoderados de las partes se tuvo por satisfecho el objeto de la exhibición de documentos por parte de Transmilenio, en la medida en que los documentos que eran materia de dicha exhibición son aquellos que fueron remitidos por el representante legal de Transmilenio con el informe bajo juramento rendido en el

proceso, los cuales se incorporaron al expediente y fueron puestos a disposición de las partes mediante auto de 1 de octubre de 2020 (Acta No. 18).

13. El 20 de enero de 2021, habida consideración de que todas las pruebas decretadas en el trámite se encontraban practicadas y que ninguna estaba pendiente de decreto o práctica, se declaró concluida la instrucción del proceso y se citó a audiencia de alegaciones finales.

B. Alegaciones finales

Una vez concluido el período probatorio y practicadas todas las pruebas solicitadas por las partes y decretadas por el Tribunal, el 23 de marzo de 2021 se llevó a cabo la audiencia en la que las partes presentaron sus alegaciones finales, el Ministerio Público rindió su concepto final y se entregaron los correspondientes escritos que obran en los autos.

IV. PRESUPUESTOS PROCESALES

De lo expuesto en precedencia, resulta claro que la relación procesal se constituyó en forma regular y se corrobora que las partes que han concurrido a este proceso, son legalmente capaces, con facultad y posibilidad legal para transigir, estuvieron representadas en este trámite arbitral por abogados inscritos, amén de que la demanda cumple con las exigencias legales, de suerte que los presupuestos procesales de competencia del juez, capacidad para ser parte y su debida representación, así como la demanda en forma, están satisfechos, lo que permite al Tribunal proferir una decisión de fondo. Además, tampoco se advierte causal alguna de nulidad procesal, lo cual fue verificado por el Tribunal desde la primera audiencia de trámite y al finalizar cada una de las etapas procesales tal y como lo ordena el artículo 132 del Código General del Proceso.

El 21 de octubre de 2020 la parte demandada presentó memorial en el que formuló tacha de imparcialidad respecto de la testigo Paula Andrea López. De conformidad con el artículo 211 del Código General del Proceso, en lo que resulte necesario y pertinente,

el Tribunal analizará el testimonio conforme a las circunstancias propias del testigo y habida consideración de los argumentos de la convocada respecto de la declarante.

En este orden de ideas, como quiera que la relación procesal existente en el presente caso se ha configurado en regular forma y que en su desarrollo no se incurrió en defecto alguno que, en cuanto tenga virtualidad legal para invalidar lo actuado y no aparezca saneado, imponga darle aplicación al artículo 137 del Código General del Proceso, es de rigor decidir sobre el mérito de la controversia sometida a arbitraje por las partes y en orden a hacerlo son pertinentes las siguientes consideraciones.

CAPÍTULO SEGUNDO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

I. RÉGIMEN GENERAL DE LOS RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

1. En la pretensión segunda principal de la demanda reformada la sociedad convocante solicita se declare que TRANSMILENIO *“incumplió el régimen legal de los riesgos en el derecho público de la contratación estatal y el Contrato de Concesión Nro. 001 de 2011”* por exigir del Concesionario que responda por todos los casos de evasión del medio de pago presentados, *“sin tener en cuenta los alcances y límites de las obligaciones y funciones del personal operativo dispuesto por el concesionario del SIRCI, riesgos que no giran en torno a su empresa o actividad y escapan de su control y administración”*.
2. En su alegato la convocante sostuvo que aunque en el Contrato de Concesión se estableció la responsabilidad del Concesionario del SIRCI por el fraude en la utilización del subsistema de recaudo, allí se indicó expresamente, *“que NO todos los riesgos posibles por fraude al referido subsistema fueran asumidos por Recaudo Bogotá, toda vez que hay ciertas circunstancias y hechos irresistibles que son generados por terceros y deben ser controlados y asumidos por otros sujetos distintos al concesionario, como son los casos de evasión física a los que hace referencia Transmilenio en el proceso”*. Señala además que el Concesionario no puede asumir todos los riesgos posibles, sino los que giren en torno a su empresa o actividad y afirma que *“el control del orden público es un hecho que escapa del*

alcance de sus actividades, el cual debe ser cumplido por el Estado y la Policía Nacional”

3. En la contestación, Transmilenio afirma que según lo previsto en el Contrato de Concesión, particularmente en el Anexo No. 5 de los Pliegos de Condiciones – Matriz de Riesgos, el Concesionario asumió el Riesgo Comercial / Cartera y agrega que el Concesionario aceptó y asumió implementar y llevar a cabo medidas de prevención, mitigación y administración ante el acaecimiento del riesgo en mención, entre otros, *“a reclutar personal experto en seguridad, a prestar el apoyo mediante controladores a su cargo y a utilizar seguridad privada”*; que no puede desconocer sus propios actos, toda vez que voluntariamente se obligó a cumplir tales requerimientos y a asumir riesgos y responsabilidades propios de dicho negocio jurídico. Que aunque el Concesionario no tiene facultades de fuerza o policivas, sí tiene bajo su pleno control y alcance otros mecanismos eficientes que permitan la identificación y control efectivo del Fraude en el Sistema; que sí está en la mejor posición para prevenir, mitigar, controlar y administrar el riesgo Comercial y que fue el Concesionario quien diseñó, realizó la provisión y actualmente es el responsable exclusivo por la administración y operación del SIRCI, *“razón por la cual no puede excusarse en su cumplimiento ni mucho menos exigir un cobro adicional por una obligación principal, básica y natural del Contrato de Concesión”*.
4. En el alegato expone que el Concesionario no sólo asumió riesgos propios ante los eventos de evasión física, sino que se obligó a ejecutar acciones específicas y plenamente determinadas durante la vigencia del Contrato de Concesión para administrar y/o controlar tal riesgo.
5. Varias de las pretensiones de la demanda de reconvención persiguen declaratorias de incumplimiento del Concesionario a partir del entendimiento de Transmilenio sobre la asunción de riesgos en el contrato de concesión y, en contraposición, Recaudo Bogotá insiste en que tal asignación no fue ilimitada.

6. Según el Ministerio Público para dilucidar esta controversia es necesario determinar si se cumplió con las normas y políticas públicas en la asignación del riesgo comercial/cartera por fraude consistente en la evasión del pago en las estaciones y puntos de pago del SITP, al asignar de manera ilimitada la asunción de los efectos económicos de dicha evasión al concesionario, problema jurídico que comparte el Tribunal y pasa a analizar.

A. Regulación de los riesgos previsibles en el contrato estatal

7. No existe discusión sobre la naturaleza del contrato celebrado entre las partes, el cual se enmarca dentro de la definición que trae el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, como un contrato de concesión en el que es posible identificar como una de las características más importantes de esta modalidad de contratación pública la asunción de determinados riesgos por parte del concesionario en la *“prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio”*.
8. La asignación de riesgos en la contratación responde a uno de los pilares esenciales de la contratación estatal, la planeación, consagrado en el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80, según fue modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011, que establece en lo pertinente que antes de la apertura de un proceso de selección *“deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda”*.
9. En virtud de este principio las entidades contratantes tienen el deber de realizar estudios previos (estudios de prefactibilidad, factibilidad, ingeniería, suelos, etc.), *“con el fin de precisar el objeto del contrato, las obligaciones mutuas de las partes, la distribución de los riesgos y el precio, estructurar debidamente su financiación y permitir a los interesados diseñar sus ofertas y buscar diferentes fuentes de*

*recursos*³. La planeación se relaciona con los principios de economía, eficacia, racionalidad de la intervención estatal y libre competencia.

10. A partir del conocimiento que se obtenga de los estudios se podrán identificar los riesgos contractuales con el fin de poder *“fijar el alcance del objeto, la distribución de los riesgos entre las partes, el plazo, la forma de remuneración, el precio y los remedios para las contingencias previsibles, entre otros aspectos del contrato”*⁴.
11. En ese sentido la Ley 1150 de 2007, artículo 4°, relativo a la distribución de riesgos en los contratos estatales, establece que *“Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación”* y advierte sobre la necesidad de definir una oportunidad anterior a la presentación de las ofertas para que los interesados y las entidades revisen la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución. Esta norma introdujo el concepto del riesgo previsible.
12. De lo que se trata es que antes de la firma del contrato se logre tipificar, estimar y asignar aquellas circunstancias que pueden impactar desfavorablemente la economía del contrato durante su ejecución, pero que pueden preverse por haberse presentado en contratos similares, por la probabilidad de su ocurrencia en relación con el objeto contractual o por otras circunstancias que permitan su previsión, para de esa forma poder asignar responsabilidades.
13. Sobre el tema de los riesgos en la contratación estatal, en el documento CONPES 3107⁵ se precisó que:

“Una asignación adecuada de los riesgos es aquella que minimiza el costo de su mitigación. Esto se logra asignando cada riesgo a la parte que mejor lo controla. Los riesgos deben ser identificados y asignados claramente a las partes en los contratos.

³ Corte Constitucional. Sentencia C-300/12. 25 de abril de 2012

⁴ Sentencia C-300/12.

⁵ Consejo Nacional de Política Económica y Social. Documento CONPES 3107: Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura. 3 de abril de 2001

Los riesgos de un proyecto se refieren a los diferentes factores que pueden hacer que no se cumplan los resultados previstos y los respectivos flujos esperados. Para determinar cuáles son los riesgos asociados a un proyecto se debe identificar las principales variables que determinan estos flujos.

El concepto de riesgo en proyectos de infraestructura se puede definir como la probabilidad de ocurrencia de eventos aleatorios que afecten el desarrollo del mismo, generando una variación sobre el resultado esperado, tanto en relación con los costos como con los ingresos.

Adicional a la asignación teórica de los riesgos, un factor fundamental para el manejo del riesgo está relacionado con la calidad y confiabilidad de la información disponible. El esquema de asignación contractual de riesgos entre las partes tiene una relación directa con información conocida, por lo que con información de mejor calidad, la percepción de riesgo es menor y se pueden adoptar las medidas para controlar la incidencia de las fuentes de riesgo.

Aún cuando un riesgo esté identificado, el mismo está sujeto a la ocurrencia de una condición, por lo que su impacto se puede predecir para determinados niveles de confianza, pero su ocurrencia está sujeta a fenómenos aleatorios. Sin embargo, en la mayoría de los casos se puede valorar estimando su probabilidad de ocurrencia y el costo a cubrir para los diferentes escenarios. De allí resulta el valor esperado de este costo.

Según las particularidades de cada riesgo, las partes están en capacidad de establecer los mecanismos de mitigación de su impacto y de cobertura, así como su asignación a los distintos agentes involucrados”.

14. En este documento CONPES se identificaron y definieron los principales riesgos que se pueden presentar en los esquemas de participación privada y/o vinculación de capital privado en el desarrollo de proyectos de infraestructura y se adoptó, entre otros, la denominada *Política de Riesgo para el Sector Transporte*, en la que se adoptaron directrices en materia de riesgos relacionados con *Compra de Predios, Licencias Ambientales y/o Permisos Ambientales, Fuerza mayor y Político*.
15. El documento CONPES 3133⁶ introdujo algunas modificaciones al CONPES 3107 e incluyó el concepto de *“Riesgo por Obligaciones Ambientales”* lo cual implicó la

⁶ Consejo Nacional de Política Económica y Social. Documento CONPES 3133: “Modificaciones a la política de manejo de riesgo contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura establecida en el documento CONPES 3107 de abril de 2001”. 3 de septiembre de 2001

modificación sobre ese tema de la denominada *“Política de Riesgo para el Sector Transporte”*.

16. El Documento CONPES No. 3249⁷, estableció la eliminación de la garantía de utilidad para los contratistas *“a través de la redefinición del concepto del equilibrio económico de los contratos, conforme a la cual, las entidades estimarán los riesgos involucrados en el contrato, que, una vez revisados por los proponentes y ajustados dentro del proceso, permitirán la distribución del riesgo que constituirá el fundamento de la llamada “ecuación contractual”, de manera tal que los contratistas deban soportar los riesgos previsibles que su condición profesional les haga posible controlar”*.
17. En lo que tiene que ver con los Sistemas Integrados de Transporte Masivo – SITM, en el Documento CONPES 3260⁸, se analizó la necesidad de implementar y/o fortalecer estos sistemas de transporte en las principales ciudades del país a efectos de garantizar la movilidad de los ciudadanos, reducir tiempos de desplazamiento y costos de operación, generar empleo, disminuir la accidentalidad e incrementar la seguridad, lo cual implica que las entidades *“deben elaborarse los estudios y diseños detallados para la construcción de la infraestructura, y la estructuración legal y financiera del proyecto. Esta estructuración debe analizar y considerar las diferentes fuentes potenciales de financiación, tanto públicas como privadas, evaluar y asignar eficientemente los riesgos, y garantizar la sostenibilidad financiera y operativa del sistema”*.
18. Dentro de las políticas definidas se consideró que las ciudades, responsables directas de las contrataciones necesarias para la implantación de los SITM, *“adoptarán un esquema de asignación de riesgos acorde con la política nacional establecida en los documentos Conpes 3107 y 3133”* y advirtió:

⁷ Consejo Nacional de Política Económica y Social. “Política de Contratación Pública para un Estado Gerencial”. 20 de octubre de 2003,

⁸ Consejo Nacional de Política Económica y Social. Documento CONPES 3260: Política Nacional de Transporte Urbano y Masivo. 15 de diciembre de 2003

"(...) La Nación no asumirá ni garantizará ningún tipo de riesgo derivado del diseño, construcción y operación del sistema, ni cubrirá ningún mayor costo de los proyectos al establecido en el documento Conpes para cada proyecto. Cualquier costo adicional en el proyecto deberá ser asumido por la entidad territorial y/o el contratista respectivo, según la asignación de riesgos establecida y el esquema de contratación que se defina. Cada ciudad, a través de la Empresa Gestora del proyecto, deberá establecer los mecanismos de ajuste y control económicos necesarios para mantener en todo momento la viabilidad y sostenibilidad del proyecto, incluyendo la entrada en operación del mismo.

La Nación apoyará a las entidades territoriales a través de programas de asistencia técnica y capacitación, de modo que en los casos que sea necesario, estas diseñen y adopten esquemas de asignación de riesgos acordes con sus capacidades fiscales dentro de un adecuado marco fiscal y legislativo".

19. Se advirtió además que uno de los requisitos generales para acceder a la participación de la Nación en cada proyecto, consiste en *"Incorporar en los documentos licitatorios y contractuales una distribución de riesgos congruente con la política nacional plasmada en los documentos Conpes 3107 y 3133"*.
20. El Decreto 2474 de 2008⁹, vigente para la época de suscripción del contrato de concesión, en su artículo 3º indicaba que los estudios previos serían el soporte para la elaboración de los pliegos *"de manera que los proponentes puedan valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad, así como el de la distribución de riesgos que la entidad propone"*, e indicó que tales estudios, como mínimo debían contener, entre otros, *"El soporte que permita la tipificación, estimación, y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato"* (numeral 6).
21. En el artículo 88 se definió que, para los efectos previstos en el artículo 4º de la Ley 1150 de 2007, *"se entienden como riesgos involucrados en la contratación todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, pueden alterar el equilibrio financiero del mismo. El riesgo será previsible"*

⁹ Decreto 2474 de 7 de julio de 2008, "por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones", fue derogado por el Decreto 734 de 2012.

en la medida que el mismo sea identificable y cuantificable por un profesional de la actividad en condiciones normales”.

22. Se estableció además que las entidades en el proyecto de pliego de condiciones debían tipificar los riesgos que podían presentarse en el desarrollo del contrato, *“con el fin de cuantificar la posible afectación de la ecuación financiera del mismo, y señalará el sujeto contractual que soportará, total o parcialmente, la ocurrencia de la circunstancia prevista en caso de presentarse, o la forma en que se recobrará el equilibrio contractual, cuando se vea afectado por la ocurrencia del riesgo”.* En cuanto a la oportunidad, estableció que los interesados debían pronunciarse en las observaciones al pliego *“o en la audiencia convocada para el efecto dentro del procedimiento de licitación pública”.* Finalmente determinó que *“La tipificación, estimación y asignación de los riesgos así previstos, debe constar en el pliego definitivo. La presentación de las ofertas implica la aceptación por parte del proponente de la distribución de riesgos previsibles efectuada por la entidad en dicho pliego”.*

B. La asignación de los riesgos

23. En el Documento CONPES 3714¹⁰, se definieron los *“Lineamientos para el manejo del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública”* y se clasificaron los riesgos contractuales desde su concepto general hasta llegar a la definición de riesgo previsible, en el marco del artículo 4 de la Ley 1150, definidos como *“todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, tienen la potencialidad de alterar el equilibrio financiero del mismo, siempre que sean identificables y cuantificables en condiciones normales”*, y se señaló que la asunción de riesgos previsibles de manera anticipada dentro del contrato, *“atiende a la posibilidad que tienen las partes, por el principio de autonomía de la voluntad, de incluir cláusulas extensivas de responsabilidad,*

¹⁰ Consejo Nacional de Política Económica y Social. Documento CONPES 3714: Del Riesgo Previsible en el Marco de la Política de Contratación Pública. 1º de diciembre de 2011

donde las partes asumen por su voluntad obligaciones específicas indicando la extensión de la responsabilidad”.

24. Se plantea la necesidad de que los riesgos previsibles identificados deben ser discutidos obligatoriamente con los interesados siendo posible incluso citar a audiencia si se considera necesario.
25. A efectos de realizar la distribución de los riesgos previsibles en los contratos estatales, se establece un proceso de tipificación, estimación (cuantitativa y cualitativa) y posterior asignación de riesgos, metodología en la cual se identifican, de manera enunciativa, los siguientes riesgos: Económicos, Sociales o Políticos, Operacionales, Financieros, Regulatorios, de la Naturaleza, Ambientales y Tecnológicos¹¹. Como criterios de estimación se establece una metodología en la que se conjugan la probabilidad (alta, media-alta, media-baja y baja) y su impacto (alto, medio-alto, medio-bajo y bajo).
26. Para efectos de la asignación de los riesgos previsibles se recomendó tener en cuenta los siguientes aspectos:

¹¹ **Riesgos Económicos:** son los derivados del comportamiento del mercado, tales como la fluctuación de los precios de los insumos, desabastecimiento y especulación de los mismos, entre otros.

Riesgos Sociales o Políticos: son los derivados de los cambios de las políticas gubernamentales y de cambios en las condiciones sociales que tengan impacto en la ejecución del contrato.

Riesgos Operacionales: son los asociados a la operatividad del contrato, tales como la suficiencia del presupuesto oficial, del plazo o los derivados de procesos, procedimientos, parámetros, sistemas de información y tecnológicos, equipos humanos o técnicos inadecuados o insuficientes.

Riesgos Financieros: son (i) el riesgo de consecución de financiación o riesgo de liquidez para obtener recursos para cumplir con el objeto del contrato, y (ii) el riesgo de las condiciones financieras establecidas para la obtención de los recursos, tales como plazos, tasas, garantías, contragarantías, y refinanciamientos, entre otros.

Riesgos Regulatorios: derivados de cambios regulatorios o reglamentarios que afecten la ecuación económica del contrato.

Riesgos de la Naturaleza: son los eventos naturales previsibles en los cuales no hay intervención humana que puedan tener impacto en la ejecución del contrato, por ejemplo, los temblores, inundaciones, lluvias, sequías, entre otros.

Riesgos Ambientales: son los derivados de las obligaciones legales o reglamentarias de carácter ambiental, así como de las licencias, planes de manejo o de permisos y autorizaciones ambientales, incluyendo tasas retributivas y compensatorias, obligaciones de mitigación, tareas de monitoreo y control, entre otras.

Riesgos Tecnológicos: son los derivados de fallas en los sistemas de comunicación de voz y de datos, suspensión de servicios públicos, nuevos desarrollos tecnológicos o estándares que deben ser tenidos en cuenta para la ejecución del contrato, obsolescencia tecnológica

“1. El tipo y modalidad de contrato son relevantes para la determinación del nivel de transferencia de responsabilidad al Contratista (por ejemplo, en un contrato de obra común, existirán mayores limitaciones para la transferencia efectiva del riesgo que en el contrato llave en mano que, por la naturaleza de las prestaciones, admite un mayor grado de riesgo para el contratista).

2. La transferencia de los riesgos debe ser proporcional a la cantidad de información con la que se cuente para su mitigación.

3. Se sugiere la realización del ejercicio de asignación de los riesgos previsibles atendiendo a las capacidades de los contratistas para su administración y a la existencia en el mercado de garantías que constituyan soporte o respaldo financiero o asegurador del proyecto.

4. El traslado del riesgo no tiene connotaciones infinitas por lo que se recomienda no incluir en los pliegos de condiciones y en las matrices de riesgos traslados de riesgo o de responsabilidad en abstracto sin tipificación y estimación o cuantificación”.

27. Pero además se emitieron recomendaciones para cada uno de los riesgos anteriormente identificados y se sugirió a qué parte contractual se le debía asignar, de manera que quien los asumiera pudiera adoptar en su planeación medidas para evitar el riesgo, prevenirlo, transferirlo o compartirlo, retenerlo y/o mitigarlo.

28. Posteriormente, el Decreto 734 de 2012, *“Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones”*¹², señala en su artículo 2.1.1., numeral 6, que los estudios y documentos previos que sirven de soporte para la elaboración de los pliegos de condiciones deben contener como *mínimo* *“El soporte que permita la tipificación, estimación, y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato”*.

29. A su turno, el artículo 2.1.2., sobre la determinación de los riesgos previsibles, establece:

“Para los efectos previstos en el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, se entienden como riesgos involucrados en la contratación todas aquellas

¹² El Decreto 734 de 2012 *“Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones”* fue derogado posteriormente por el artículo 163 del Decreto 1510 de 2013 *“por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública”*.

circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, tienen la potencialidad de alterar el equilibrio económico del contrato, pero que dada su previsibilidad se regulan en el marco de las condiciones inicialmente pactadas en los contratos y se excluyen así del concepto de imprevisibilidad de que trata el artículo 27 de la Ley 80 de 1993. El riesgo será previsible en la medida que el mismo sea identificable y cuantificable en condiciones normales.

En las modalidades de Licitación Pública, Selección Abreviada y Concurso de Méritos, la entidad deberá tipificar en el proyecto de pliego de condiciones, los riesgos que puedan presentarse en el desarrollo del contrato, con el fin de estimar cualitativa y cuantitativamente la probabilidad e impacto, y señalará el sujeto contractual que soportará, total o parcialmente, la ocurrencia de la circunstancia prevista en caso de presentarse, a fin de preservar las condiciones iniciales del contrato.

Los interesados en presentar ofertas deberán pronunciarse sobre lo anterior en las observaciones al pliego o en la audiencia convocada para el efecto, obligatoria dentro del procedimiento de licitación pública y voluntaria para las demás modalidades de selección en los que la entidad lo considere necesario, caso en el cual se levantará un acta que evidencie en detalle la discusión acontecida.

La tipificación, estimación y asignación de los riesgos así previstos, debe constar en el pliego definitivo, así como la justificación de su inexistencia en determinados procesos de selección en los que por su objeto contractual no se encuentren. La presentación de las ofertas implica la aceptación, por parte del proponente, de la distribución de riesgos previsible efectuada por la entidad en el respectivo pliego”.

30. Se puede concluir que la Ley 1150 desarrolla tres aspectos para el manejo de los riesgos previsible: i) la necesidad de que las entidades hagan una debida planeación e identifiquen acertadamente los riesgos previsible, para lo cual deberán realizar estudios previos; ii) que en ese ejercicio puedan participar previamente los interesados; y, iii) que una vez identificadas los riesgos que pueden llegar a materializarse en la ejecución de los respectivos contratos, sean asignados contractualmente, a quien en desarrollo de una adecuada planeación esté en mejor posibilidad de hacerles frente y contrarrestarlos, prevenirlos, mitigarlos o retenerlos.
31. Conforman también este marco normativo el Decreto 1510 de 2013 *“Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública”*, en el que respecto de

los riesgos determina en su artículo 22, numeral 8, que los pliegos de condiciones deben contener por lo menos información sobre *“Los Riesgos asociados al contrato, la forma de mitigarlos y la asignación del Riesgo entre las partes contratantes”*. Por su parte el artículo 26, numeral 3, precisa que para determinar la oferta más favorable se tendrá en cuenta, entre otros, el contratista que mayores riesgos asuma. A su turno, el Decreto Nacional 1510 del 17 de julio de 2013, indica que las entidades estatales deben hacer durante la etapa de planeación el análisis de riesgos y el artículo 17 enseña que las entidades deben *“evaluar el Riesgo que el Proceso de Contratación representa para el cumplimiento de sus metas y objetivos, de acuerdo con los manuales y guías que para el efecto expida Colombia Compra Eficiente”*.

32. En el artículo 39 se indica que en la etapa de selección del contratista es obligatoria, entre otras, la audiencia de asignación de riesgos, en la que la entidad estatal debe presentar el análisis de riesgos efectuado y hacer la asignación definitiva.

33. Igualmente debe considerarse de obligatoria referencia el *Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación*, expedido por la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente¹³, en el que se señala que las Entidades Estatales para reducir la exposición del Proceso de Contratación frente a los diferentes Riesgos que se pueden presentar, debe estructurar un sistema de administración de Riesgos teniendo en cuenta, entre otros, los siguientes aspectos: *“(a) los eventos que impidan la adjudicación y firma del contrato como resultado del Proceso de Contratación; (b) los eventos que alteren la ejecución del contrato; (c) el equilibrio económico del contrato; (d) la eficacia del Proceso de Contratación, es decir, que la Entidad Estatal pueda satisfacer la necesidad que motivó el Proceso de Contratación; y (e) la reputación y legitimidad de la Entidad Estatal encargada de prestar el bien o servicio. Un manejo adecuado del Riesgo permite a las Entidades Estatales: (i) proporcionar un mayor nivel de certeza y conocimiento para la toma de decisiones relacionadas con el Proceso de*

¹³ Publicado en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP el 16 de septiembre de 2013

Contratación; (ii) mejorar la planeación de contingencias del Proceso de Contratación; (iii) incrementar el grado de confianza entre las partes del Proceso de Contratación; y (iv) reducir la posibilidad de litigios; entre otros”.

34. El Manual propone administrar los Riesgos del Proceso de Contratación siguiendo los siguientes pasos: i) Establecer el contexto en el cual se adelanta el Proceso de Contratación. ii) Identificar y clasificar los Riesgos del Proceso de Contratación. iii) Evaluar y calificar los Riesgos. iv) Asignar y tratar los Riesgos. y, v) Monitorear y revisar la gestión de los Riesgos., aspectos que allí son desarrollados en detalle.
35. Según el marco normativo de los riesgos previsibles en la contratación estatal, entendidos como la probabilidad de ocurrencia de un hecho o circunstancia que altere el equilibrio económico del contrato, se puede colegir que en los contratos de concesión en concreto, en cumplimiento del deber de planeación, las entidades públicas deben elaborar estudios previos completos y suficientes que puestos en conocimiento de los interesados permitan a los contratantes identificar previamente los riesgos y establecer de común acuerdo cómo se distribuirán, lo cual no cabe duda que los beneficiará mutuamente, pero favorecerá principalmente la ejecución del contrato en la medida que asegura su equilibrio económico, excluyendo futuras reclamaciones en contra del Estado ante su eventual ocurrencia.

II. EL RIESGO COMERCIAL EN EL CONTRATO 001 DE 2011: FRAUDE POR EVASIÓN

A. Definición del riesgo en la Licitación Pública TMSA No. 003 de 2011

36. En el caso en concreto, el Tribunal encuentra que mediante Resolución 153 de 25 de abril de 2011 TRANSMILENIO convocó la Licitación Pública TMSA No. 003 de 2011 con el objeto de otorgar en concesión el SIRCI del SITP de Bogotá.
37. El Anexo 5 del Pliego de Condiciones corresponde a la matriz de riesgos del contrato y el Anexo 5.1. corresponde al *ANEXO EXPLICATIVO DE LA MATRIZ*

DE RIESGOS, el cual forma parte de misma. Este documento se divide en tres capítulos: (i) Explicación general de la matriz de riesgos; (ii) Estimación de los riesgos; (iii) Explicación detallada de los riesgos.

38. Sobre la *Explicación general de la matriz de riesgos*, se expone que "(...) el pliego de condiciones incluye la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación" y añade:

"La tipificación de los riesgos es la enunciación que la entidad hace de aquellas contingencias previsibles que en su criterio pueden presentarse durante y con ocasión de la ejecución del contrato.

La tipificación, asignación y estimación de los riesgos previsibles de la contratación se realizó acogiendo lo dispuesto en el documento CONPES 3107 de 2001, que establece en su numeral VII los lineamientos de política de riesgo contractual para los sectores de: Transporte, energía, comunicaciones y agua potable y saneamiento básico.

La asignación del riesgo es el señalamiento que hace la entidad de la parte contractual que deberá soportar total o parcialmente la ocurrencia de la circunstancia tipificada, asumiendo su costo y su atención.

Los riesgos derivados del contrato se encuentran asignados de acuerdo con el principio según el cual, cada riesgo debe ser asumido por la parte que mejor lo pueda controlar y administrar. De hecho, el Gobierno Nacional, a través del Documento CONPES Número 3107 de 2001, estableció dicho criterio cuando señaló: Los principios básicos de la asignación de riesgos parten del concepto que estos deben ser asumidos: i) por la parte que esté en mejor disposición de evaluarlos, controlarlos y administrarlos; y/o; ii) por la parte que mejor disponga de los medios de acceso a los instrumentos de protección, mitigación y/o diversificación.

En cumplimiento de lo establecido en el numeral 6 del artículo 3 de Decreto 2474 de 2008, los riesgos previsibles propios del contrato a adjudicar y que pueden afectar su equilibrio económico, se encuentran contemplados en la matriz de riesgos con su correspondiente tipificación, estimación y asignación".

39. Respecto de la *Estimación de los riesgos*, explica que "es la valoración, en términos monetarios o porcentuales respecto del valor del contrato, de acuerdo con la tipificación que ha establecido y con base en la información fehaciente y soportada que tuvo a su alcance la entidad contratante". La estimación del riesgo establece

la probabilidad de su ocurrencia, *“es decir, la posibilidad de que dicha circunstancia se presente durante la ejecución y desarrollo del contrato y su impacto entendiéndose éste como la impresión o conmoción que pueda tener dicha circunstancia en el contrato afectando su equilibrio económico y financiero”*, medidos como Alto, Medio y Bajo.

40. El tercer capítulo se refiere a la *Explicación detallada de los riesgos*; allí se identificaron los riesgos previsibles y, en concreto, respecto del *riesgo comercial* se dijo:

“Este riesgo conforme a lo estipulado en el numeral IV titulado Lineamientos generales de política de riesgos en proyectos de infraestructura Documento CONPES 3107 de 2001, es generalmente asignado al inversionista privado, dado que la mitigación de su impacto depende en la mayoría de los casos de la gestión comercial que pueda hacer el operador del sistema y/o el prestador del servicio.”

41. El 26 de abril de 2011 se llevó a cabo la *Audiencia de Revisión de la Asignación de Riesgos Previsibles*, de acuerdo con el cronograma establecido en el pliego de condiciones de la Licitación Pública No 003 de 2011, la cual tenía por objeto que los interesados y Transmilenio *“revisarán la asignación de los riesgos previsibles propios del contrato a adjudicar, teniendo como base la propuesta de distribución de los mismos planteada por TRANSMILENIO S.A. en el anexo No 5 del pliego de condiciones denominado MATRIZ DE RIESGOS y en su anexo explicativo”*. En la presentación de la Matriz de Riesgos se expuso que *“Cada uno de los riesgos se presenta con su correspondiente clasificación de acuerdo al documento CONPES 3107 de 2001, su clase, la causa del riesgo, las observaciones, su mitigación, asignación y estimación, la probabilidad e impacto de su ocurrencia”*. Se dejó constancia de las observaciones planteadas por los intervinientes en varios temas puntuales que fueron respondidas por la Administración
42. A su turno, en el Acta de la *Audiencia de Revisión de la Asignación de Riesgos Previsibles*, realizada el 14 de abril de 2021 Licitación Pública 001 de

2011, que precedió la LP 003 y que se revocó, se planteó una pregunta de un interesado sobre el tema concreto de la evasión, así:

“5) César Barrero

(...)

Riesgo comercial – otros no regulados (Ilegalidad, vehículos particulares): El interviniente considera que este riesgo está a cargo del Concesionario del SIRCI pese a que no puede controlar la ilegalidad en la prestación del servicio de transporte, lo que contradice el CONPES 3107 debido a que quien tiene la capacidad de controlar el riesgo de ilegalidad debe ser la administración y no el contratista”.

(...)”

43. Otro interesado preguntó:

“6) Joaquín Bernal- Socio de la Oficina Monroy Bernal Abogados

Sobre la matriz de riesgos en general: Respetuosamente solicita que todas las observaciones presentadas en el marco del proyecto de pliego de condiciones sean resueltas.

Comienza su intervención manifestando que la matriz de riesgos no puede cambiar la Jurisprudencia del Consejo de Estado desconociendo teorías como la del hecho del príncipe, la teoría de la imprevisión y la fuerza mayor. Dentro del proyecto de pliego la matriz de riesgos se trata como una cláusula de distribución de responsabilidades, cuando ella es un instrumento de planeación que permite vislumbrar los riesgos más frecuentes que impidan el objetivo, que en nuestro caso es el recaudo, la comercialización, la operación y mantenimiento del sistema, y las formas de superar estos obstáculos. Indica, que en el proyecto de matriz de riesgo suministrado por la administración, los riesgos que ella asume son ínfimos y desconoce la naturaleza del servicio a contratar, lo cual a todas luces es absurdo y pone en tela de juicio la participación de proponentes serios.

En concreto sobre la asignación de riesgos manifiesta:

Riesgo comercial – otros no regulados (Ilegalidad, vehículos particulares): Va en contra de la Constitución Política porque pretende transferir las facultades policivas al Concesionario del SIRCI; este riesgo es propio de la administración.

(...)”

44. En el mismo sentido, otro interesado planteó:

“7) Eduardo Tovar- Beltrán Correa Abogados

(...)

Riesgo comercial - Cartera: En relación con el fraude, considera que la probabilidad de ocurrencia es media o alta y no se considera baja debido a que es la primera vez que se implanta un sistema abierto con validación en el bus y es muy probable que las personas ingresen al sistema sin efectuar la validación.

(...)"

45. En respuesta a las observaciones el Gerente de Transmilenio advirtió inicialmente que *"la matriz de riesgos no pretende regular situaciones imprevisibles, ya que ella solo se limita a la estimación de los riesgos que se prevén dentro del contrato. Lo anterior por cuanto no es viable desde el punto de vista jurídico y es imposible desde el punto de vista práctico. Los eventos imprevisibles recibirán el tratamiento consagrado a este respecto por la ley y la jurisprudencia"*. y luego en concreto respondió que *"Para la administración es totalmente claro, tal y como se encuentra establecido en los documentos de la Licitación de Operación del Transporte (TMSA-LP-004 de 2009) que el riesgo de fraude por entrada al bus evadiendo el medio de pago es exclusivo del Concesionario Zonal, se revisarán los documentos para verificar que todas las redacciones concuerden con la afirmación mencionada."* Para el Tribunal esta respuesta no se refirió al tema del fraude por evasión física, en los términos que se están examinando en este Laudo.

46. La pertinencia de las anteriores citas deviene de lo consignado en el **FORMULARIO DE PREGUNTAS Y RESPUESTAS** de la Licitación, donde se expuso:

"11. Integración de respuestas de la licitación revocada (TMSA-LP-001 de 2011) a la presente licitación (TMSA-LP-003 de 2011).

Respuesta: TRANSMILENIO S.A. publicará en el cuarto de datos o centro de documentación todos los formularios de observaciones publicados en la citada licitación que fue revocada. Sin embargo se aclara que dicha información tendrá un carácter meramente informativo, toda vez que allí hay respuestas que posteriormente tuvieron una evolución que se traducen en los documentos del pliego de condiciones definitivo publicados el día 25 de abril de 2011."

47. Si bien la matriz de riesgos contempla estrategias de mitigación para hacer frente a cada riesgo, en lo que se refiere al riesgo comercial por fraude se advierte que las tácticas descritas resultan adecuadas para contrarrestar el riesgo de lo que se ha llamado en este trámite “evasión tecnológica”. Entonces, se confirma con ello que el riesgo de fraude asignado al concesionario no incluyó la irregularidad de la evasión física, o elusión o evitación del sistema. Esta arista que se ha denominado en este trámite evasión física corresponde a acciones de hecho incluso violentas. Si bien la mitigación de este riesgo de evasión física correspondería a quien está a cargo del mismo riesgo, esto es, al Ente Gestor (Transmilenio), ello no excluye que en cabeza del Concesionario se radiquen obligaciones puntuales que tienen un impacto o efecto en el acaecimiento del mencionado riesgo, como efectivamente ocurre en el Contrato 001 de 2011.
48. Para el Tribunal la descripción del riesgo es genérica e imprecisa, en la medida que no describe en concreto qué hechos lo comprenden, aunque podría suponerse que se trata de las circunstancias que están bajo el control del Concesionario considerada su actividad o especialidad, pero en todo caso se advierte que no resulta posible inferir de su tipificación que se trata de la evasión física que se produce por el acceso ilegal al sistema por sitios no permitidos. No encuentra el Tribunal que para la identificación de este riesgo se haya contado con estudios que pudieran definir acertadamente la probabilidad de ocurrencia, su impacto y las estrategias de mitigación recomendadas, lo cual hubiese permitido a los interesados sopesar ese riesgo al momento presentar su oferta. Se tiene evidencia que en el año 2017 Transmilenio celebró el Contrato Interadministrativo 564-2017 con la Universidad Nacional de Colombia con el fin de *“Desarrollar esquemas de intervención basados en la mediación social, pedagogía y estadística, con el fin de intervenir en el fenómeno de la evasión y generar nuevo conocimiento para el manejo social de conflictos que repercuten en la seguridad del Sistema de transporte público gestionado por TRANSMILENIO S.A”*; pero ello fue muy posterior a la suscripción del contrato.

49. En todo caso destaca el Tribunal que en la matriz de riesgo el fraude por evasión se consideró como de ocurrencia “Baja”, calificación que no resulta adecuada en este caso considerados los altos volúmenes de evasión física que se presentan.

B. Definición del riesgo en el Contrato de Concesión 001 de 2011

50. En el capítulo 5 del Título 4 del Contrato de Concesión se consagró la asignación de riesgos en su cláusula 82¹⁴, así:

“CAPÍTULO 5. ASIGNACIÓN DE RIESGOS DEL CONTRATO

CLÁUSULA 82. DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS PREVISIBLES DEL CONTRATO

La distribución de riesgos previsibles del presente **contrato de concesión** se basa en la Política Estatal sobre el manejo de riesgo contractual del Estado en proyectos de transporte y en lo dispuesto en la Ley 1150 de 2007 y su Decreto Reglamentario 2474 de 2008.

El CONCESIONARIO y TRANSMILENIO S.A., a partir de la fecha de suscripción del presente **contrato de concesión**, asumen los efectos derivados de los riesgos tipificados, estimados y asignados en la Matriz de Riesgos Previsibles del **contrato de concesión** de Operación del **SIRCI**, anexa al Pliego de Condiciones de la Licitación Pública TMSA No. 003 de 2011, el cual es parte integral del presente **contrato**.

El CONCESIONARIO, conoce los beneficios y riesgos de la misma y por ello acepta que la remuneración que recibirá de acuerdo con las condiciones establecidas en el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública TMSA No. 003 de 2011 y en el presente **contrato de concesión**, es suficiente para asumir los riesgos previsibles a los que está expuesto.

Por lo tanto, no procederán reclamaciones del **CONCESIONARIO** basadas en el acaecimiento de alguno de los riesgos previsibles que fueron asumidos por él y consecuentemente, **TRANSMILENIO S.A.** no hará reconocimiento alguno, ni se entenderá que ofrece garantía alguna al **CONCESIONARIO**, que permita eliminar y/o mitigar los efectos causados por la ocurrencia de alguno de estos riesgos previsibles, salvo que dicho reconocimiento o garantía se encuentre expresamente pactado en el presente **contrato de concesión**.

PARÁGRAFO. De acuerdo con lo establecido en la Ley, la asignación de

¹⁴ Páginas 117 y 118 del Contrato de Concesión

riesgos contenida en los documentos de la licitación y en el presente contrato se limita a aquellos riesgos considerados como previsibles. Para los riesgos no previsibles, tendrá plena aplicación la teoría de la imprevisión en los términos previstos en la normatividad que regula la materia.”

55. Consecuente con lo anterior, en la cláusula 85 se estableció que la remuneración del concesionario cubría al acaecimiento de los riesgos previsibles, de manera que el Concedente no asumiría ningún costo que por ello pudiera generarse:

“CLÁUSULA 85. EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

Las partes aceptan de manera expresa la tipificación, estimación y distribución de riesgos contenida en la Matriz de Riesgos Previsibles del **contrato de concesión d Operación del SIRCI**, la cual fue efectuada dentro del proceso de Licitación Pública No. 003 de 2011, y es parte integral del presente **contrato**, por lo tanto, cualquier costo, sobrecosto, indemnización o reconocimiento a cualquier título que pudiera llegar a generarse por la realización de los mismos, lo entienden plenamente recompensado a través de la participación en los beneficios derivados d la explotación económica del servicio público de transporte del **SIRCI** que **TRANSMILENIO S.A.** ha concedido al **CONCESIONARIO** conforme a lo previsto n el presente contrato.

Por lo anterior, el **CONCESIONARIO** no podrá solicitar ningún tipo de compensación, reclamación o ajuste, derivados del desarrollo, ejecución o interpretación del presente **CONTRATO** derivada de la asignación de riesgos previsibles que le corresponda”.

56. Además, en la cláusula 20.16 del contrato de concesión se indicó:

“20.16 La responsabilidad que se derive por el efecto económico en el Sistema que ocasione el fraude en la utilización del subsistema de recaudo a cargo del **CONCESIONARIO**, será asumida por él frente a **TRANSMILENIO S.A.** y frente a cualquier otro agente del SITP o tercero que sufra daño por tal causa”

57. Igualmente, la cláusula 20.17 del contrato de concesión estable:

“20.17 El riesgo comercial asumido por el **CONCESIONARIO** y la responsabilidad aquí prevista, tiene los siguientes alcances mínimos, sin perjuicio d las acciones que por este concepto le sean imputables al **CONCESIONARIO** conforme a ley:

"Todo tipo de fraude que posibilite la evasión del pago de la tarifa por deficiencias en el subsistema de recaudo provisto por el **CONCESIONARIO**, será asumido económicamente por él.

58. Y más adelante, en la Nota. 1 de la cláusula 20.19 del contrato de concesión, se advirtió:

"Nota 1. Para los efectos previstos en el presente contrato de concesión, se entenderá por fraude todo tipo de actividad directa o indirecta, atribuible bien sea a terceros o al **CONCESIONARIO**, a sus empleados, agentes dependientes, contratistas o subcontratistas, que con intención o sin ella derive en que no se produzca el pago de la tarifa al usuario no obstante ingresar una persona al SITP por medio de las instalaciones, equipos y servicios que integran el sistema de recaudo provisto por el **CONCESIONARIO**.

No será responsabilidad del **CONCESIONARIO** el fraude ocasionado en aquellos casos en los cuales la obligación de vigilancia o control de la práctica de evasión correspondiente se encuentre atribuida específicamente a cualquier persona o entidad diferente al **CONCESIONARIO**, o tenga lugar mediante mecanismos diferentes al uso del sistema de recaudo para el ingreso a las estaciones o a los buses en operación del SITP."

59. En la cláusula 36 se precisó que *"El valor efectivo del contrato remunerará todos los riesgos previsibles asumidos por el **CONCESIONARIO** (...)", así como "todas las labores complementarias necesarias para el cumplimiento del objeto contractual, sea que aparezcan o no de manera expresa en este contrato o en los documentos que lo integran como obligaciones a cargo del **CONCESIONARIO**"; igualmente remunerará "(...) la asunción de los riesgos previsibles comerciales, ambientales, de operación, administrativos, financieros, tributarios, regulatorios, políticos y todos los demás asignados al **CONCESIONARIO** y que surjan de las estipulaciones de este Contrato, salvo por lo expresamente previsto en el mismo a cargo de **TRANSMILENIO S.A.**"*

60. Según lo expuesto, la asignación contractual de los riesgos previsibles materializada en la matriz que hace parte del contrato de concesión se fundó en la normatividad vigente para la época de su celebración y el Concesionario manifestó expresamente conocerla, aceptando que la remuneración que recibiría sería suficiente para asumir los riesgos previsibles asignados, entre ellos el comercial,

62. Como se puede apreciar, en la Matriz se identifican cuatro (4) subcategorías del riesgo comercial, plantea estrategias de mitigación, asigna este riesgo al Concesionario, estima la probabilidad de su ocurrencia como baja, pero califica su impacto como alto.
63. En el denominado *Anexo Explicativo de la Matriz de Riesgos* se indica que los riesgos derivados del contrato se encuentran asignados *“de acuerdo con el principio según el cual, cada riesgo debe ser asumido por la parte que mejor lo pueda controlar y administrar. De hecho, el Gobierno Nacional, a través del Documento CONPES Número 3107 de 2001, estableció dicho criterio cuando señaló: Los principios básicos de la asignación de riesgos parten del concepto que estos deben ser asumidos: i) por la parte que esté en mejor disposición de evaluarlos, controlarlos y administrarlos; y/o; ii) por la parte que mejor disponga de los medios de acceso a los instrumentos de protección, mitigación y/o diversificación”*.
64. Allí se estableció que el Riesgo Comercial *“conforme a lo estipulado en el numeral IV titulado Lineamientos generales de política de riesgos en proyectos de infraestructura Documento CONPES 3107 de 2001, es generalmente asignado al inversionista privado, dado que la mitigación de su impacto depende en la mayoría de los casos de la gestión comercial que pueda hacer el operador del sistema y/o el prestador del servicio”*.
65. En la matriz de riesgos del contrato de concesión se asignó al Concesionario el riesgo comercial, dentro del cual se encuentra tipificado el fraude, en la subcategoría *“(ii) En estaciones y puntos de venta”* precisa que *“Consiste en el ingreso al sistema evadiendo el pago”*.
66. Para la parte convocante la anterior asignación del riesgo no puede entenderse ilimitada para abarcar todos los casos que se presenten de evasión en el ingreso al Sistema, mientras que para la Convocada la asunción libre y voluntaria que el Concesionario hizo de este riesgo en el contrato impone que responda por todos los casos de evasión que se presenten.

67. El Tribunal considera, de manera general, que ante el acaecimiento de algunos de los riesgos previsibles identificados durante el proceso de elaboración de los pliegos y que luego se consignaron en los documentos de la Licitación TSM 003 de 2011, no cabe duda que corresponde a quien lo haya asumido contractualmente, según la matriz de riesgos, soportar los efectos adversos que tal hecho acarrea, pues ese es precisamente el propósito que en acatamiento del principio de planeación inspira la identificación de los riesgos contractuales previsibles.
68. No obstante lo anterior, el hecho constitutivo del alegado riesgo previsible que se haya presentado debe adecuarse perfectamente a la tipificación que del tal riesgo se hubiese realizado en la matriz, so pena de que sus efectos no puedan reclamarse de quien aparentemente lo asumió.
69. Analizada la descripción del riesgo previsible que nos ocupa, que consiste según la matriz en *“el ingreso al sistema evadiendo el pago”*, el Tribunal considera que tal enunciado es demasiado general e impreciso, lo que impone hacer un ejercicio de interpretación riguroso para entenderlo en su real dimensión.
70. Para el efecto el Tribunal se remite al objeto del contrato, que según la cláusula primera consistió en el *“diseño, suministro, implementación, operación y mantenimiento del subsistema de recaudo, del subsistema de información y servicio al usuario y del subsistema de integración y consolidación de la información; el diseño, suministro, implementación, gestión y mantenimiento del subsistema de control de flota; el suministro de la conectividad; la integración entre el subsistema de recaudo, el subsistema de control de flota, el subsistema de información y servicio al usuario y el subsistema de integración y consolidación de la información, que conforman el SIRCI, para el Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá, D.C.”*. Para el cumplimiento del objeto descrito el Concesionario debía cumplir con las obligaciones establecidas en las cláusulas 16 a 24.
71. Destaca el Tribunal particularmente lo previsto en la cláusula 16.23 que dispone *“En general el CONCESIONARIO deberá actuar razonablemente en el marco de*

sus obligaciones contractuales, considerando la naturaleza del servicio que presta y acogiendo el principio de la buena fe que rige las relaciones contractuales estatales”.

72. Resulta igualmente importante traer a colación lo establecido en la cláusula 1.79 que define el denominado SISTEMA INTEGRADO DE RECAUDO, CONTROL E INFORMACIÓN Y SERVICIO AL USUARIO (SIRCI) DEL SITP, como *“el conjunto de software, hardware y demás componentes que permiten la gestión y operación de recaudo, de los centros de control troncal y zonal, de información y servicio al usuario, la consolidación de la información y la conectividad de la totalidad del SITP”.*
73. Se infiere de lo dicho que los riesgos que asumió el Concesionario deben estar en consonancia con su actividad y las obligaciones contractuales a su cargo, encaminadas a la satisfacción del objeto contractual, considerando la naturaleza del servicio que presta y acogiendo el principio de la buena fe que rige las relaciones contractuales. En ese sentido, sobre la base del objeto contratado advierte el Tribunal que varias obligaciones del Concesionario pretenden garantizar y optimizar el recaudo, así como evitar la evasión. El desarrollo de esas obligaciones involucra aspectos tecnológicos, de personal y materiales que en condiciones normales permiten suponer que resulta posible obtener en gran medida el objeto contractual.
74. Sin embargo, los hechos materia de evasión que se han puesto en conocimiento del Tribunal, sobre los que se centra la discusión en este proceso, corresponden al acaecimiento del riesgo consistente en que los usuarios eluden o evitan el sistema, esto es, lo que se ha llamado en este trámite “riesgo de evasión física” (en contraste con el que en este trámite se ha denominado “evasión tecnológica”). Tales circunstancias -evasión física- no constituyen un riesgo que haya sido asignado al Concesionario tal como se explica en este Laudo, esto es, entre otras cosas, por la ausencia de previsión de este tipo específico de contingencias durante el proceso de elaboración de los pliegos y por carencia de estudios del susodicho riesgo de evasión física. Por ello, puede considerarse que el riesgo de evasión física no

corresponde al Concesionario y que no hace parte de los riesgos previsibles asumidos por él, contrario a lo que sucede con la evasión tecnológica adecuadamente tratada en pliegos, matriz y Contrato, sin perjuicio de que al Concesionario se le hayan asignado algunas obligaciones que tienen impacto en el acaecimiento de las contingencias relativas al riesgo de evasión física.

75. En razón de lo anterior, el Tribunal comparte la conclusión del Ministerio Público en cuanto a que se presentó una inadecuada asignación del riesgo comercial/cartera por fraude consistente en el ingreso al sistema evadiendo el pago, por cuanto, dice la Procuraduría:

- Se trasladó al contratista un riesgo sin un análisis riguroso que ameritaba determinar la evolución de este riesgo específico para determinar si era razonablemente previsible su evolución e impacto en la economía del contrato,
- Se trasladó un riesgo que, por su complejidad, magnitud y por comprometer el orden público y la seguridad ciudadana le corresponde enfrentar en primer lugar al Ente Gestor del Sistema con la colaboración de la Policía Nacional
- Que en vista que el concesionario no tiene las capacidades para enfrentar exclusivamente una situación que reúne las características de imprevisible e irresistible, no resulta acorde con el principio de buena fe contractual que asuma exclusivamente los efectos económicos de la misma.
- Que al concesionario le corresponden obligaciones de medio frente a este riesgo específico y dentro del alcance de su propia empresa y actividad debe disponer del personal, recursos, mecanismos y procedimientos para apoyar al Ente Gestor del Sistema en la prevención y control de este tipo de fraude en consideración a su carácter de colaborador de la administración”.

76. Como se advirtió anteriormente, es de la naturaleza del contrato de concesión el hecho de que el concesionario actúe con plena autonomía por su cuenta y riesgo, pero ello no quiere decir que la asunción de riesgos sea ilimitada, en la medida que sólo es posible asignar a las partes los riesgos previsibles y los hechos que no encuadren dentro de la tipificación que se haya definido en la matriz no podrán ser objeto de reclamo.

77. Se reitera, para el Tribunal en virtud de la asunción del riesgo comercial y en particular el de fraude, el Concesionario sólo es responsable por la evasión vinculada al mal uso (fraudulento, engañoso) de la plataforma tecnológica y sistemas de recaudo que él administra, por haber sido ese el riesgo previsible que asumió, de manera que la evasión física no es su responsabilidad, sin perjuicio de que deba cumplir las obligaciones que explícitamente le fueron asignadas y que pueden impactar el riesgo de evasión física -como contratista cumplido-, así como prestar su colaboración a Transmilenio para definir las estrategias para controlar esa situación inusitada que se presenta y que, no cabe duda, impacta en gran medida los ingresos del Sistema.

78. En tal sentido el Tribunal comparte la posición del Ministerio Público que concluye:

“Frente a las circunstancias actuales de ejecución de este contrato, para este Agente del Ministerio Público se impone una interpretación coherente y en derecho del contrato que reconozca que la grave situación que se presente por la crónica y creciente evasión del pago es el resultado de múltiples problemas estructurales de los que adolece el SITP y que inciden en la calidad de la prestación del servicio. Ahora bien, los dictámenes y la opinión de los expertos obrantes en el proceso señalan que varios de los factores estructurales son atribuibles al Ente Gestor del Sistema de manera que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, TRANSMILENIO no puede beneficiarse de sus propias omisiones atribuyendo todas las consecuencias económicas de esta situación al concesionario.

De manera pues, para este Procurador existen vacíos e incongruencias en la matriz de riesgos de este contrato de concesión en lo que se refiere específicamente a la asignación del riesgo de fraude por evasión del pago, y dicha oscuridad deberá interpretarse en contra de la entidad demandada al tenor del artículo 1624 del Código Civil teniendo en cuenta, que TRANSMILENIO S.A. era quien tenía la obligación jurídica primaria y más relevante de extender correctamente dicha matriz y sus obligaciones correspondientes”.

79. Según lo expuesto, los riesgos por los que debe responder el Concesionario son los previsible tipificados adecuadamente en la matriz de riesgos del contrato que están relacionados con las obligaciones adquiridas en virtud de su actividad,

especialidad u objeto social. Por lo tanto, no es de recibo que en virtud de una inadecuada tipificación, general y abstracta del riesgo, como ocurrió en este caso, se le otorgue un alcance ilimitado al riesgo comercial asumido por el Concesionario.

80. Conforme al análisis del problema jurídico planteado en este aparte, el Tribunal concluye que no se cumplió con las normas y políticas públicas en la asignación del riesgo comercial/cartera por fraude consistente en la evasión física del pago en las estaciones y puntos de pago del SITP, al asignar de manera ilimitada la asunción de los efectos económicos de dicha evasión al Concesionario sin haber contado con estudios previos que hubiesen podido tipificar adecuadamente este riesgo, como correspondía hacerlo. En este sentido, prospera parcialmente la **Pretensión Tercera** de la Demanda de Reconvención en tanto que, de conformidad con las cláusulas citadas y los documentos contractuales analizados, **Recaudo Bogotá** asumió la responsabilidad y efectos económicos de la evasión ocasionada en el Sistema a través de medios tecnológicos y no a través de medios físicos como lo arguye la convocante en reconvención; ello sin perjuicio del análisis que posteriormente efectuará el Tribunal sobre la probable existencia de obligaciones contractuales a cargo de **Recaudo Bogotá**, concernientes al control de la evasión física.

III. EL ALCANCE MATERIAL DEL RIESGO COMERCIAL CARTERA DE FRAUDE POR EVASIÓN

A. La evasión tecnológica y física

1. El Tribunal pasará a analizar las figuras de la evasión física y la evasión tecnológica, y a vislumbrar con miras a la resolución de esta controversia, si existe o es posible una diferencia o distinción entre ellas, para con posterioridad, determinar, si los riesgos por su concurrencia pueden o no atribuirse al Concesionario.

2. A este respecto ante el Tribunal fueron expuestas dos tesis. Transmilenio ha manifestado que la obligación de controlar en general la evasión y de asumir los efectos económicos de la misma, es de Recaudo Bogotá.
3. Por su parte, Recaudo Bogotá señala que no es responsable ni del control ni de la asunción del efecto económico de la evasión presentada en todos los casos, sino que su responsabilidad se encuentra estrictamente limitada a aquella (i) que se realiza con ocasión de fallas que sean atribuibles al subsistema de recaudo y (ii) cuyo control no se encuentre atribuido a otra entidad o a terceros.
4. En oposición a lo anterior, la Convocada argumenta que el tratamiento del riesgo comercial, cartera, y en general el de fraude, concierne al Concesionario, por cuanto ello se genera de la matriz de riesgos de la mencionada licitación. De igual manera expone, que Recaudo Bogotá sí tiene bajo su pleno control y alcance mecanismos que coadyuvan a la identificación y control efectivo del fraude en el sistema, como lo son, por ejemplo (i) disponer de personal operativo idóneo en las estaciones y portales para controlar y mitigar el fenómeno de la evasión; (ii) disponer de seguridad privada que genere un efecto disuasivo a los usuarios del sistema para evadir el pago de la tarifa; (iii) disponer de unas Barreras de Control de Acceso con especificaciones técnicas adecuadas y eficientes para controlar, limitar y restringir que los usuarios ejecuten prácticas evasoras del pago de la tarifa. A lo que la Convocante se opone porque en su criterio contravienen lo establecido en el numeral 1.62, en la cláusula 20 numerales 20.16, 20.17, la Nota 1 del numeral 20.19 del Contrato de Concesión 001 de 2011 y el Anexo 5 del Pliego de Condiciones Definitivo de la Licitación TMSA-LP-003-2011
5. En síntesis, las partes pues controvierten frente a este tópico, si en la operación del Sistema Integrado de Transporte Público, la acción del usuario encaminada a eludir barreras físicas de control de acceso que dispuso el Concesionario del SIRCI, por maniobras que van desde saltar por encima de la barrera, o pasar por debajo de esta, o eludir las puertas laterales de las estaciones, entre otras modalidades, son riesgos a cargo de Recaudo Bogotá.

6. A efectos de indagar sobre este particular, el Tribunal desea destacar que, evidentemente, existen diferencias a la hora de calificar la evasión física y la evasión tecnológica. Precisamente, la evasión tecnológica, puede ser tenida como aquella que se produce como consecuencia de adulterar o alterar, la plataforma de recaudo del sistema y que brinda acceso a los usuarios a las estaciones y a los buses. Mientras, que la evasión física, daría cuenta de eludir, o evitar, el sistema o infraestructura de acceso al sistema. Así las cosas, por utilizar una casuística valedera, la evasión tecnológica, apuntaría a casos como, violar, o defraudar, la plataforma del sistema, y la evasión física, se presentaría, en eventos caracterizados por el sobrepaso irregular de torniquetes o puertas de estaciones.
7. Quedando sentada, y siendo evidente dicha distinción, el Tribunal pasará a determinar el alcance del riesgo de fraude por evasión asumido por el Concesionario, si ello se extiende a las llamadas evasión física o tecnológica, si incumbe a ambas, o solo, a una de ellas.
8. Las posturas jurídicas en disputa se centran pues, en que la Convocante afirma no tener obligación especial sobre el control y prevención de la evasión física en el Sistema, sino únicamente, la que pueda originarse en eventuales fraudes tecnológicos; pero Transmilenio señala que sí existe contractualmente un rol específico de éste sobre el particular, máxime cuando en su criterio, la evasión física se realiza a través o por medio del Subsistema de Recaudo, el cual, es administrado, operado y mantenido exclusivamente por Recaudo Bogotá.
9. Sirva entonces como punto de partida señalar que en el expediente se encuentra probado, que en el Sistema se presenta el fenómeno de evasión física, esto es, como bien se citó por la Convocada, el conocido acceso de usuarios sin la validación de la tarifa afectando la funcionalidad, conclusión a la que también arribó el estudio integral efectuado por la Universidad Nacional de Colombia aportado al proceso por Transmilenio.
10. En cuanto al impacto en el Sistema del fenómeno de la evasión física, la declaración del Ingeniero Carlos Moncada, reveló significativamente: "(...)

Entonces al final terminamos haciendo un cálculo alrededor de la evasión, que termina a partir de toda esa muestra, que termina siendo 48.000 horas de grabación, de las cuales se sistematizaron 13.000, de las cuales se procesaron 600 franjas horarias en esas 40 unidades primarias de muestreo, y se llega a la conclusión que frente a los factores de expansión, con unos criterios de validación estadística, se puede llegar a la conclusión que tenemos aproximadamente 15.36 como valor estimado de la evasión dentro del sistema, con un error estadístico, por decirlo así, de 4,56, a través de un efecto de validación validado, y encontramos que esa fluctuación se puede presentar entre 13,98% y el 16,75%.”

11. Ahora bien, en lo que hace de la discusión sobre la asignación del riesgo de evasión física en el Sistema, y si el riesgo “fraude”, específicamente, el que se realiza por usuarios que ingresan por el Subsistema de Recaudo evadiendo el pago, fue asignado al Concesionario, se pasa a precisar lo que sigue.
12. En principio el Tribunal detecta como válido suponer que la consideración de que tal riesgo se habría asignado al Concesionario, se podría inferir de un primer examen sobre la distribución y asignación de riesgos contenida en el Anexo No. 5 del Contrato de Concesión 001 de 2011 (denominado Matriz de Riesgos).
13. Igualmente, ello tendría posible cabida en lo acontecido durante la etapa precontractual, escenario donde al momento de surtirse la llamada fase de “preguntas y respuestas” de la Licitación 003 de 2011, se expresaba que el futuro concesionario del SIRCI, tendría “*la responsabilidad que se derive por el efecto económico en el sistema que ocasione el fraude en la utilización del subsistema de recaudo a cargo*”, así como la obligación de “*adoptar los mecanismos idóneos para controlar el fraude*”.
14. Lo que se reforzaría entonces por lo expresado en la cláusula 82 del Contrato de Concesión – DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS PREVISIBLES DEL CONTRATO, que señala: “*(...) La distribución de riesgos previsibles del presente contrato de concesión se basa en la Política Estatal sobre el manejo de riesgo contractual del Estado en proyectos de transporte y en lo dispuesto en la Ley 1150 de 2007 y su*

Decreto Reglamentario 2474 de 2008. El CONCESIONARIO y TRANSMILENIO S.A., a partir de la fecha de suscripción del presente contrato de concesión, asumen los efectos derivados de los riesgos tipificados, estimados y asignados en la Matriz de Riesgos Previsibles del contrato de concesión de Operación del SIRCI, anexa al Pliego de Condiciones de la Licitación Pública TMSA No. 003 de 2011, el cual es parte integral del presente contrato. El CONCESIONARIO, conoce los beneficios y riesgos de la misma y por ello acepta que la remuneración que recibirá de acuerdo con las condiciones establecidas en el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública TMSA No. 003 de 2011 y en el presente contrato de concesión, es suficiente para asumir los riesgos previsibles a los que está expuesto. Por lo tanto, no procederán reclamaciones del CONCESIONARIO basadas en el acaecimiento de alguno de los riesgos previsibles que fueron asumidos por él y consecuentemente, TRANSMILENIO S.A. no hará reconocimiento alguno, ni se entenderá que ofrece garantía alguna al CONCESIONARIO, que permita eliminar y/o mitigar los efectos causados por la ocurrencia de alguno de estos riesgos previsibles, salvo que dicho reconocimiento o garantía se encuentre expresamente pactado en el presente contrato de concesión. PARÁGRAFO. De acuerdo con lo establecido en la Ley, la asignación de riesgos contenida en los documentos de la licitación y en el presente contrato se limita a aquellos riesgos considerados como previsibles. Para los riesgos no previsibles, tendrá plena aplicación la teoría de la imprevisión en los términos previstos en la normatividad que regula la materia”.

15. No obstante, al anterior importante contexto traído a colación, hay que añadir otros elementos de juicio para dilucidar integralmente si en efecto con ocasión de la matriz de riesgos y el Contrato, indefectiblemente, una interpretación armónica conduce a señalar que se atribuyó a Recaudo Bogotá, la llamada evasión física.
16. Por diversas razones, que pasan a ampliarse a continuación, el Tribunal no comparte esa apreciación inicial, según la cual, el Contrato y la matriz de riesgos hacen referencia al fraude como un riesgo en general a ser asumido por Recaudo Bogotá, lo que surge luego de sopesar armónicamente las disposiciones del Contrato, su naturaleza y alcance.

17. Dicha revisión sistémica contractual de la materia permite colegir que el riesgo comercial de cartera por fraude no hace pues alusión a la evasión específica que ha pretendido endilgarse a cargo de Recaudo Bogotá.
18. Evidentemente, tal análisis de contexto arroja la conclusión que los riesgos asignados al Concesionario del SIRCI, en tanto el riesgo comercial de cartera por fraude, esencialmente, se centran en el escenario tecnológico, o referente al fraude realizado a través de los aplicativos, códigos o llaves de seguridad, o por deficiencias de los equipos que integran tal Subsistema de Recaudo.
19. Ello tiene asidero, en primer lugar, en la lógica contractual, toda vez que son ese tipo de riesgos, los derivados de fraude tecnológico en el Subsistema de Recaudo, los que se encuentran dentro de la esfera de operación, custodia y control directo delegado al Concesionario.
20. Así mismo, conforme a la expuesta diferenciación entre evasión tecnológica y evasión física, se impone también considerar que la primera puede y debe ser mitigada directamente por el Concesionario del SIRCI, mientras que frente a la segunda, no fluye la misma conclusión, por intervenir fenómenos particulares y en todo caso exógenos a su control.
21. Igualmente, se encuentra que la correcta interpretación del contenido de las cláusulas 20.16, 20.17 y 20.19 del Contrato, concretan la gestión de Recaudo Bogotá en la idónea adquisición y mantenimiento funcional de los equipos y sistemas informáticos que componen el Subsistema de Recaudo, de forma que los mismos no permitan el ingreso al sistema sin el pago de la tarifa.
22. Particularmente, la cláusula 20.17. limita expresamente dicho riesgo incluido en la Matriz de Riesgos al establecer, precisamente, que el riesgo comercial asumido por el concesionario se refiere al ocasionado por deficiencias en el subsistema de recaudo provisto.

23. En consecuencia, no sería desde esa perspectiva lógico o cabal, asignar riesgos derivados de situaciones cuya mitigación no dependa directamente del Concesionario del SIRCI, como evidentemente, concierne al caso de la evasión física del medio de pago.
24. Esta apreciación se complementa con criterios recogidos jurisprudencialmente y que se concretan en el postulado, según el cual, en los contratos públicos, los riesgos deben ser identificados y asignados claramente a las partes.
25. Ello discierne el reiterado postulado que manifiesta, además, que los riesgos deben ser adecuadamente tipificados y delegados a quien mejor esté en condiciones de administrarlos. Descendido ese concepto aquí, pensar en transferir a Recaudo Bogotá el control o la asunción de los usuarios que evaden físicamente el pago de la tarifa, cuando no podría ser mitigado por éste, carecería de sentido contractual. En tal escenario, por el contrario, si debe estar en cabeza del Concesionario, el riesgo de fraude que sí es administrado por éste, en tanto sus funciones relacionadas con el Subsistema de Recaudo a su cargo.
26. Esta interpretación brinda coherencia a lo previsto en la aludida Cláusula 20 y en especial su numeral 20.16, al señalar que *"La responsabilidad que se derive por el efecto económico en el Sistema que ocasione el fraude en la utilización del subsistema de recaudo a cargo del CONCESIONARIO, será asumida por él frente a TRANSMILENIO S.A. y frente a cualquier otro agente del SITP o tercero que sufra daño por tal causa"*, y así pues, no todo fraude se podría atribuir a Recaudo Bogotá, sino que ello se concretaría a aquel que se genere dentro del Subsistema de Recaudo que administra y que según lo sabido y visto, repercute en lo tecnológico.
27. Por las anteriores razones, el Tribunal habrá de descartar que en la operación del Sistema Integrado de Transporte Público, la acción del usuario encaminada a eludir barreras físicas de control de acceso, por las citadas maniobras que van desde saltar por encima de la barrera o pasar por debajo de esta, o eludir las

puertas laterales de las estaciones, entre otras modalidades, sean riesgos a cargo de Recaudo Bogotá.

28. Apoyan las precedentes consideraciones, las conclusiones sobre el punto volcadas en el concepto del Agente del Ministerio Público, que al momento de referirse al fraude consistente en el ingreso al sistema evadiendo el pago, o sea la evasión física, o el fenómeno de los colados, expuso: *"(...) atendiendo a las pruebas y dictámenes recogidos en este debate procesal, se llega a la conclusión que el FRAUDE POR EVASION DEL PAGO EN LAS ESTACIONES Y PUNTOS DE VENTA (COLADOS) no fue un riesgo debidamente IDENTIFICADO en su etiología, EVALUADO en su real probabilidad ocurrencia e impacto en la ecuación contractual y, en virtud de estas falencias, no fue ADECUADAMENTE ASIGNADO a la parte con las mejores capacidades para su manejo y control integral. Como antes se dijo, para este Agente del Ministerio Público un factor fundamental para la identificación, evaluación y asignación del riesgo está relacionado con la posibilidad de contar con información disponible, confiable y de calidad al momento de la toma de decisiones al respecto, en este caso, en el momento de la discusión y asignación del riesgo por la evasión en el pago de la tarifa al momento de ingreso al sistema. Es decir, este específico riesgo no adquirió la condición de riesgo previsible que habilitara su adecuada asignación ilimitada al concesionario"*.

29. En consecuencia, al tenor de lo expresado en el pronunciamiento del Agente del Ministerio Público, para el Tribunal también es claro que Recaudo Bogotá no asumió ilimitadamente los riesgos del fraude por la evasión en el pago que se presentaran en las estaciones y puntos de venta del SITP.

B. El control del riesgo de fraude por evasión física. Papel de Transmilenio como ente gestor del Sistema, de Recaudo Bogotá y de la Policía Nacional

1. Tal como fue enunciado en los capítulos previos el riesgo comercial de fraude por evasión física -y por ende su efecto económico- se encuentra asignado en cabeza de Transmilenio, entre otras cosas porque no fue previsto en la matriz de riesgos

con sus características y magnitud, al celebrarse el Contrato de Concesión No 001 de 2011. En tal sentido, tratándose de un riesgo imprevisto no podría haber sido asignado al Concesionario, en contravía del régimen legal sobre asignación de riesgos previsibles en la contratación estatal.

2. Ahora bien, establecido lo anterior, encuentra el Tribunal que si bien la asignación del riesgo de evasión física -no tecnológica- se encuentra a cargo de Transmilenio, esto no excluye que en el Contrato de Concesión las partes hayan pactado, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, obligaciones a cargo de quien no tiene radicado en cabeza suya el riesgo, pero que impactan directamente el control de este tipo de riesgo comercial, independientemente, se reitera, de la asignación del mismo a la otra parte.
3. El análisis sobre estas obligaciones y particularmente sobre el rol de los intervinientes en el Sistema Integrado de Transporte Público permitirá definir, si tal como la ha enunciado en múltiples ocasiones la Convocante, el Concesionario no es responsable ni del *control ni de la asunción del riesgo económico* de la evasión presentada en todos los casos, sino exclusivamente, según lo arguye la convocante, en aquellos en que la evasión es ocasionada por fallas atribuibles al Subsistema de Recaudo o cuyo control no se encuentre atribuido a otra entidad o a terceros, de conformidad con lo pactado en el Contrato de Concesión, sin considerar eventuales incumplimientos del Concesionario de obligaciones relacionadas con el control de la evasión.
4. El Tribunal se referirá a las obligaciones adquiridas y las actuaciones desplegadas frente al control del fraude por evasión física en el SIRCI por Transmilenio, Recaudo Bogotá como partes del Contrato de Concesión No. 001 de 2011 y la Policía Nacional como autoridad pública.
 - a. **Las obligaciones de Transmilenio como entidad contratante y ente gestor del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá**

5. De acuerdo con el numeral 2º del artículo 3º de la Ley 105 de 1993, el transporte público en Colombia es catalogado como un servicio público bajo la regulación del Estado, quien debe ejercer su control y vigilancia para garantizar una adecuada prestación del mismo *"en condiciones de calidad, oportunidad y seguridad"*. Adicionalmente, bajo la regulación de la Ley 336 de 1996 (artículo 5), este servicio es catalogado como esencial, carácter que se predica de un servicio *"(...) cuando las actividades que lo conforman contribuyen de modo directo y concreto a la protección de bienes o a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales."*¹⁵.

6. Transmilenio en su calidad de Ente Gestor del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá SITP, abarca dentro de su objeto, no sólo el cumplimiento de los principios que rigen el servicio público esencial de transporte, sino también *"la gestión, organización y planeación del servicio de transporte público masivo urbano de pasajeros en el Distrito Capital"*¹⁶ según las normas vigentes, las autoridades competentes y sus estatutos. El alcance de este objeto fue ampliado a través del artículo 3º del Decreto 831 de 1999, según el cual, le corresponde a Transmilenio ejercer las actuaciones enunciadas y además, llevar a cabo la *"supervisión, regulación, control y responsabilidad del Sistema de Transporte Público Masivo Urbano de Pasajeros en el Distrito Capital"*.

7. Según la Escritura Pública número 1528 del 13 de octubre de 1999¹⁷ -acta de constitución del Ente Gestor- y sus posteriores reformas (Escrituras Públicas 1903 de 2006 y 1472 de 2013¹⁸), además de las funciones asignadas por la normativa central y distrital, Transmilenio tiene el deber de procurar contribuir al mejoramiento de la infraestructura física de la ciudad, *"inducir una nueva cultura*

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C- 450 de 1995, M.P.: Antonio Barrera Carbonell. 4 de octubre de 1995

¹⁶ Artículo 2. Acuerdo 04 de 1999. Febrero 4 de 1999. *"Por el cual se autoriza al Alcalde Mayor en representación del Distrito Capital para participar, conjuntamente con otras entidades del orden Distrital, en la Constitución de la Empresa de Transporte del Tercer Milenio - Transmilenio S.A. y se dictan otras disposiciones"* en CD No. 1. Anexos Reforma de la Demanda de Reconvención, f. 13

¹⁷ CD No.1. Anexos reforma de la Demanda de Reconvención, f. 13. Prueba 03- Escritura 1528 de 1999.

¹⁸ CD No.1. Anexos reforma de la Demanda de Reconvención, f. 13. Prueba 04 - Escritura 1903 de 2006 y Prueba 05 - Escritura 1472 de 2013.

en los usuarios frente al servicio público de transporte” y “participar en la formulación de políticas para el desarrollo del transporte masivo en el distrito capital y su área de influencia”, entre otras. Cabe destacar el artículo 5° de los Estatutos de la entidad, en donde se dispone que el Ente Gestor deberá “aplicar las políticas, las tarifas y adoptar las medidas y preventivas para asegurar la prestación del servicio a su cargo”.

8. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, en el marco del Contrato de Concesión las partes definieron algunas obligaciones en cabeza del Ente Gestor frente a la Concesión del SIRCI. De ellas, puede destacarse que la entidad tiene a su cargo *“la planeación estructural del Sistema y la definición del régimen técnico que regula la operación y control”*¹⁹ del mismo, y que, además, debe adelantar por sí o por interpuesta persona las actividades de control del SIRCI, en los términos expuestos en el Contrato²⁰.

9. Como puede evidenciarse de las disposiciones citadas, Transmilenio tiene a su cargo múltiples deberes enmarcados en la planeación y el control del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá SITP. Estas labores, de índole legal y contractual, habilitan a la entidad para que pueda realizar la gestión del Sistema, e incluso supervisar y regular su implementación y operación. Entonces Transmilenio ha sido facultada por la ley para que en su calidad de Ente Gestor del Sistema y en el marco de las funciones expuestas, celebre contratos de concesión con operadores privados, que -por su cuenta y riesgo- son los encargados de ejecutar actuaciones tendientes a garantizar la adecuada prestación del servicio, no obstante lo cual Transmilenio sigue teniendo a su cargo funciones que le fueron atribuidas como Ente Gestor del Sistema.

10. En efecto, como ente gestor, responsable del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá, y en cumplimiento de sus funciones de planeación, gestión, control y regulación, Transmilenio está obligado a realizar acciones y adoptar las

¹⁹ Contrato de Concesión No. 001 de 2011. Cláusula No. 67.

²⁰ Ibid. Cláusula No. 26.1.

medidas necesarias para que el sistema funcione de la manera adecuada, para que el servicio sea prestado sin interrupción y bajo estándares de calidad.

11. Si bien en el Contrato de Concesión no se enumeraron obligaciones explícitas que impongan a Transmilenio el deber de ejecutar actividades para mitigar o controlar la evasión física en el Sistema, le corresponde a la entidad, en el marco de la no asignación al Concesionario del riesgo de evasión física que ya fue explicado, y de sus atribuciones como Ente Gestor, asumir la creación y ejecución de estrategias que permitan mitigar y controlar este fenómeno. Es así como, en cumplimiento de ello y del fin último que ampara Transmilenio que es la satisfacción de un servicio público esencial, la entidad ha adoptado diversas medidas tendientes a minimizar la evasión en el Sistema. Las estrategias adelantadas por Transmilenio han incluido, entre otras, las siguientes:

12. Según el informe escrito presentado por Transmilenio en el trámite, a través de la Dirección Técnica de Seguridad, se implementó un Plan Estratégico Anti - Evasión en los componentes troncal y zonal del Sistema. Dicho plan se desarrolla a través de cuatro líneas de acción que comprenden en términos generales lo siguiente: i) Fiscalización: actividades desarrolladas a través del trabajo conjunto entre Transmilenio y otros actores como la Policía Nacional para reforzar el control de validaciones en las Estaciones y Portales ii) Infraestructura: creación de alianzas o convenios con otras entidades del sector público y privado para la realización de estudios y consultorías para determinar la tecnología más adecuada en BCA y puertas para el control efectivo de la evasión en los componentes del Sistema, iii) Cultura Ciudadana: implementación de campañas de sensibilización y pedagogía a la ciudadanía sobre la evasión, y iv) Monitoreo: consistente esencialmente en el análisis y seguimiento de los estudios de línea base de evasión del componente troncal²¹.

13. En su declaración, el testigo David Camacho se refirió a tres de estos componentes, así:

²¹ CD Pruebas No.1 Anexos Informe escrito remitido por Transmilenio folio 20, f. 1.

“DR. ESTRADA: Usted podría en ese contexto de sus funciones en Transmilenio y de lo que usted dice era un proyecto que ya venía manejando la administración podría indicarle al panel de árbitros que acciones recuerda usted que se hayan tomado de las que usted haya tenido participación directa o indirecta encaminadas a controlar ese fenómeno de la evasión?”

DR. CAMACHO: (...) Entonces las acciones que se adelantaron con tal de combatir la evasión iba esa estrategia en esos tres puntos, en el componente de infraestructura, revisar efectivamente qué torniquetes necesitaría el sistema, hacer unas pruebas piloto, revisar qué internacionalmente había, el tema de buscar una solución para las puertas del sistema, posteriormente el tema de fiscalización era el tema que adelantaba la Policía aplicando comparendos y el trabajo de la Policía articulado con los otros actores, esto es vigilancia y seguridad privada, personal de Tullave, personal de mediación social.

Y el tercero el de cultura ciudadana con campañas también para concientizar a los diferentes ciudadanos con el fin de combatir efectivamente el tema de evasión.”²³

14. Este Plan Estratégico Anti – Evasión tuvo fundamento en el contrato de prestación de servicios No. 131 de 2017 suscrito entre Transmilenio y la señora Luz Stella Páez Cañón, cuyo objeto comprendió *“formular y coordinar la implementación del Plan estratégico Anti Evasión y de los proyectos que se realicen para mitigar la evasión en el Sistema TransMilenio dese la perspectiva de infraestructura, cultura ciudadana y seguridad”*²³. La señora Páez, citada como testigo ante este Tribunal, señaló en su declaración que, frente al componente de infraestructura, se elaboró un plan dirigido al levantamiento de información a través de la contratación de consultorías especializadas que permitieran establecer el alcance de la tecnología disponible sobre BCA y la posibilidad de implementar pruebas piloto con infraestructura alternativa:

“DR. ESTRADA: Luz Stella gracias, lo dijo de manera general la pregunta presidente, pero me gustaría si lo puede describir de manera más concreta, en qué acciones directas o indirectas encaminadas a conocer, mitigar o solucionar el problema de evasión en el sistema intervino usted como contratista de Transmilenio?”

²² Transcripción Testimonio del señor David Camacho, f. 7.

²³ CD Principal No. 2. Anexos Contestación de la reconvencción, folio 181. Prueba 4. Manual de Usuario del Sistema Transmilenio.

SRA. PÁEZ: Vuelvo y lo repito, de un lado cuando yo entré no se había seleccionado la firma consultora que hizo este trabajo entonces parte de mi gestión fue desde acotar los términos de referencia de esa consultoría y acompañar todo el proceso de selección de la misma, hice parte de un comité que calificó el conjunto de propuestas y que seleccionó a Transconsult como la firma que adelantó este trabajo.

En desarrollo también del contrato y con apoyo de esta consultoría revisamos las tecnologías disponibles a nivel mundial tanto de puertas como de barreras de control de acceso en diferentes sistemas, se contactó a los diferentes proveedores para entender el alcance de la tecnología disponible, porque en últimas lo que se pretendía era poner en marcha un piloto en algunas estaciones que pudieran en efecto dar cuenta de qué tanta contención podría generar la disposición de nuevas tecnologías en puertas y barreras de control de acceso.

Adicionalmente y como lo mencioné, una vez en desarrollo del contrato yo particularmente trabajé en una contratación para esa provisión en las estaciones que en su momento se definieron, harían parte de escoger el proyecto piloto, adicionalmente gestionó los recursos para poder diseñar un prototipo de estación, que si no estoy mal se hizo en la Estación Universidades para poder dejar hacia el futuro elementos tipo que pudieran estandarizar todas las estaciones bajo esa perspectiva anti-evasión y corrigiendo también otros elementos un poco resultantes de lo que había sido todo el ejercicio de Transmilenio a lo largo de esos años”.²⁴

15. Transmilenio y la Financiera de Desarrollo Nacional en virtud del Convenio Interadministrativo No. 391 de 2016, contrataron una consultoría especializada con la firma Transconsult, que tenía por objeto diseñar y evaluar pruebas piloto de intervención técnica en puertas y BCA. Según un documento preliminar de análisis técnico de pruebas piloto de equipos anti evasión remitido al concesionario el 5 de julio de 2018, en donde se definían las características generales del piloto, las BCA que serían implementadas en esta estrategia incluían BCA de pasillo motorizado, BCA de piso techo, BCA de bus tipo mariposa con altura estándar y BCA de bus tipo mariposa alta²⁵. La ejecución de este piloto se desarrollaría en coordinación con Recaudo Bogotá²⁶.

²⁴ Transcripción Testimonio de la señora Luz Stella Páez, f. 41.

²⁵ DVD Pruebas No. 1. Anexos con la Demanda inicial, folio 11. Prueba 56 Oficio Rad. 2018EE13095 del 5 de julio de 2018..

²⁶ Ver comunicación 2017EE10465 del 30 de junio de 2017 en DVD Principal No. 1. Anexos Demanda de Reconvencción . Prueba 8.1.56. Rad. 2017EE10465.

16. En el marco de esta estrategia, a través de la resolución No. 1045 del 30 de diciembre de 2016, Transmilenio, a través de su Dirección Técnica de Seguridad creó el documento denominado Plan Integral de Seguridad, que evaluaría algunos asuntos estratégicos en materia de seguridad en el Sistema, y cuyo objeto consistió específicamente *“en definir las líneas de acción en materia de seguridad física, seguridad vial y evasión, a través de las cuales se enmarcaran las actividades a gestionar desde TRANSMILENIO S.A. y los agentes internos y externos, para mejorar la Seguridad del Sistema de Transporte Público gestionado por TRANSMILENIO S.A.”*²⁷.

17. En lo que se refiere al “componente evasión” el Plan reconoce este fenómeno como una *“problemática que salta a la vista de todos los ciudadanos”*, que ha aumentado su ocurrencia y en consecuencia ha afectado la calidad del servicio. El documento presenta como causas de la problemática la facilidad que tienen los usuarios para acceder a las estaciones y a los buses a través de la infraestructura dispuesta para tal fin, lo que favorece el ingreso de usuarios sin efectuar la correspondiente validación del pago; la falta de conciencia ciudadana y la carencia de valores éticos y morales en la ciudadanía²⁸.

18. Finalmente, este plan expone una serie de *posibles estrategias* de corto, mediano y largo plazo, frente a la gestión del componente anti - evasión. Los pilares de la estrategia comprenden mejorar la infraestructura vulnerable a la evasión, la generación de alianzas interinstitucionales, la modificación y *rigorización* de la normativa que impacta la evasión, y la gestión de acciones para mejorar la conducta de los usuarios. Además de incluir como estrategia técnica la contratación de un estudio para establecer la línea base de evasión del Sistema - que sería desarrollado a través del Contrato Interadministrativo 564- el documento contiene otras actividades concretas para el desarrollo de las estrategias, como la *“implementación de mejoras en las BCAs en el Sistema*

²⁷ CD Pruebas No. 1. Pruebas aportadas con la reforma de la Demanda, folio 18. Prueba 46 Plan Integral de Seguridad, p. 23

²⁸ Cfr. Plan Integral de Seguridad, p. 59

Troncal” el “Mejoramiento de la infraestructura de estaciones, portales y entornos para evitar la evasión.” y “Realización de Convenios Interinstitucionales para trabajo Antievasión”)

19. Adicional a la suscripción de los convenios y contratos reseñados, Transmilenio también suscribió entre otros, los contratos de prestación de servicios No. 177 de 2017, 256 de 2017, 556 de 2017, dirigidos precisamente al control de la evasión en el Sistema²⁹. Al respecto, el Anexo 1 del informe remitido por Transmilenio al trámite, permite dar cuenta de una relación de cerca de 50 contratos de prestación de servicios enfocados en adoptar medidas relacionadas con dicho objeto³⁰.
20. Aunado a ello, en el marco del Plan Anti – Evasión, Transmilenio implementó diversas campañas pedagógicas como parte del componente dirigido a la cultura ciudadana. En este componente se han desarrollado diversas estrategias dentro de las cuales pueden mencionarse: *“Si hay colados todos pagamos el pato”*, adoptada en el año 2017; *“Equipo T”*, implementada en el año 2018 en el contexto del Mundial de fútbol; *“Pagar el pasaje es lo correcto, colarse es lo corrupto”*, puesta en marcha en el segundo semestre de 2019 y la presencia de anfitriones en determinadas estaciones y portales del Sistema.
21. A través de la Resolución No. 449 del 19 de agosto de 2017, expedida por Transmilenio, la entidad adoptó el “Protocolo para la prestación del servicio anti-evasión con equipos fiscalizadores (PDA´s)³¹ y vigilancia con medio canino”. A partir de este protocolo, Transmilenio implementó como estrategias preventivas y disuasivas para controlar la evasión, el uso de equipos fiscalizadores y la implementación de *“medio canino especializado en defensa controlada”*. Este mecanismo, según lo expuso la entidad, tenía como finalidad la identificación y

²⁹ CD Principal No. 2. Anexos Contestación de la reconvenición, folio 181. Prueba 45.

³⁰ 09. 15929 CD PRUEBAS No. 1 Anexos Informe Escrito remitido por Transmilenio 29 09 2020, folio 20. 200913 - Anexo 1 (relación de Contratos)

³¹ CD Principal No.2. Anexos contestación de la reconvenición. Prueba 39. Comunicación RB-7017489-TM-22112017 del 22 de noviembre de 2017, Prueba 40 Comunicación RB-688762-TM-30062017 del 30 de junio de 2017 y Prueba 42, Rad. 2017EE15522 del 26 de septiembre de 2017..

disuasión de los potenciales evasores del Sistema, con lo que se configuraría en una medida de carácter preventivo para controlar el fenómeno³².

22. Otra de las medidas implementadas por el Ente Gestor consistió en la coordinación de actividades con la Policía Nacional. Según Transmilenio, la entidad ha suscrito tres convenios con la Policía Nacional desde el año 2016 hasta la fecha, orientados al fortalecimiento de la seguridad en el Sistema. Dentro de los convenios referidos se encuentran *“el Convenio 337 de 2016 cuyo objeto era: Aunar esfuerzos técnicos, administrativos y financiero entre TRANSMILENIO S.A. y la Policía Nacional -Policía Metropolitana de Bogotá, para fortalecer la seguridad y la vigilancia de los usuarios del Sistema de Transporte Masivo (...) el Convenio 568 de 2017 con el objeto de: Aunar esfuerzos entre TRANSMILENIO S.A. y la Policía Nacional - PONAL - Policía Metropolitana de Bogotá - MEBOG, para fortalecer la seguridad y vigilancia de los usuarios del Sistema TransMilenio (...)”* y *“El último Convenio que firmó TRANSMILENIO S.A. con la Policía Nacional y El Fondo Rotatorio de la Policía Nacional es el Convenio 613 de 2019 el cual se encuentra vigente hasta el 11 de septiembre del 2020.”*³³
23. Finalmente, resalta la creación del Comité de Seguridad Física y Anti - Evasión del Sistema mediante la Resolución 491 de 2017. Dicho Comité integrado por funcionarios de Transmilenio, representantes de los concesionarios del Sistema, de la Policía Nacional y de la Secretaría Distrital de Seguridad, Convivencia y Justicia, tiene como objetivo servir de espacio para la coordinación de las acciones tendientes a hacer efectivas las políticas para el control de la evasión. Las funciones de este Comité comprenden entre otras, valorar periódicamente que las medidas y estrategias de seguridad física y anti-evasión sean las adecuadas, sugiriendo de ser el caso, las modificaciones pertinentes; recomendar los ajustes requeridos al Plan Integral de Seguridad SITP, y realizar el seguimiento de las tareas, actividades delegadas en el marco del Comité³⁴. Sobre el objeto de este

³² CD Pruebas No. 1. Pruebas aportadas con la reforma de la Demanda. Prueba 70.

³³ PRUEBAS No. 1 Anexos Informe Escrito remitido por Transmilenio 29 09 2020, folio 20. Informe escrito del representante legal de Transmilenio. f. 4.

³⁴ CD Pruebas No. 1. Pruebas aportadas con la reforma de la Demanda. Prueba 69. Resolución 491 de 2017.

Comité se refirieron el testigo David Camacho y el representante legal de Recaudo Bogotá Javier Cancela:

“DR. ESTRADA: Usted lo recuerda y si lo recuerda podría informarle al panel arbitral si ese comité emite instrucciones, recomendaciones o adopta medidas o qué ocurre después de que ese comité sesiona?”

DR. CAMACHO: (...) Entonces básicamente allí reposan todos los temas de seguridad y evasión que tenía el sistema en sus dos componentes en el troncal y en el zonal, se dejaban tareas para ser atendidas ya fuera por los concesionarios, por la Policía o la dirección técnica de seguridad y se iba informando cómo iban los avances, cómo iba el comportamiento de hurto, de evasión, de las acciones que se iban haciendo, de lo que íbamos encontrando se iba informando, de quiénes iban a ser las empresas de seguridad que habían sido adjudicatarias, se articulaba todo el trabajo que pasaba en vía en desde ese comité.”³⁵

El representante Javier Cancela, por su parte, indicó:

“DR. ESTRADA: Sírvase indicarle al panel arbitral si conoce usted de la existencia de un comité de seguridad o vigilancia en Transmilenio y qué sabe de su integración y funcionamiento por favor, preguntas 11 y 12 presidente?”

SR. CANCELA: Sí, no he participado personalmente, pero soy conocedor de que hace ya bastante tiempo existe un comité de seguridad física en el sistema de transporte, que sirve para coordinar todas las acciones relacionadas con las políticas de seguridad del sistema, con todos los eventos relativos a esos que se producen, la gestión de los mismos, las estrategias y acciones que sean necesarios objetar al respecto, el comité está precedido por Transmilenio, participan las personas entiendo delegue Transmilenio, la Policía Nacional, la rama de Transmilenio de transporte público de la Policía Nacional correspondiente, la persona responsable del área de seguridad en Transmilenio.”³⁶

24. A partir de la reseña anterior puede concluirse entonces que, independientemente de la eficacia o la eficiencia de las medidas adoptadas por el Ente Gestor, el fenómeno de la evasión no ha pasado desapercibido en el Sistema, y es por ello que diligentemente se han implementado múltiples estrategias que a corto o largo plazo han pretendido disminuir el ingreso de usuarios sin validación del medio de pago. De modo tal que en este trámite no quedó demostrado que Transmilenio haya sido negligente en la coordinación y adopción de medidas conjuntas con

³⁵ Transcripción Testimonio del señor David Camacho, f. 26.

³⁶ Transcripción Declaración de parte del señor Javier Cancela, f. 14.

autoridades para evitar la evasión del medio de pago, como pretende que se declare la convocante en el segundo postulado de la **Pretensión Cuarta** de la Demanda Reformada, aunque dichas acciones no hayan sido suficientes ni eficientes en el logro de ese propósito, por lo que la pretensión cuarta aludida, en su segunda parte no tiene vocación de prosperidad.

25. Es evidente que Transmilenio como Ente Gestor del SITP tiene implícitas dentro de sus funciones, obligaciones de planeación, gestión, control, vigilancia del Sistema, y además, la creación de políticas y la adopción de medidas necesarias para su implementación y correcta operación, lo cual, por supuesto incluye la ejecución concertada entre sectores de un proyecto anti evasión robusto y eficiente, de manera que se incluye en ello el adoptar en conjunto con la Policía Nacional las medidas para evitar la evasión del medio de pago, por lo que, en ese sentido, la primera parte de la **Pretensión Cuarta** de la Demanda Reformada prosperará.
26. Pero lo anterior no excluye ni desvirtúa las obligaciones que los concesionarios de la operación del Sistema, como colaboradores de la administración deban llevar a cabo en el marco de sus respectivos contratos, ni tampoco las facultades que entidades nacionales y distritales deban ejercer sobre la materia. Se trata entonces de una tarea de cooperación y articulación de los diversos actores que intervienen en el Sistema.
27. En vista de lo expuesto, la **Pretensión Quinta Principal de la Demanda Reformada** prospera en cuanto Transmilenio debe adoptar las medidas tecnológicas, técnicas y de infraestructura, entre otras, necesarias para evitar la evasión en el Sistema, no obstante, esta circunstancia no implica que el Ente Gestor sea el único llamado a adoptar medidas para su control.

b. Las obligaciones de Recaudo Bogotá en relación con la evasión

1. Como fue expuesto en capítulos previos, el riesgo comercial de fraude por evasión física y su efecto económico deben ser asumidos por la convocada Transmilenio,

mientras que el riesgo por evasión tecnológica -de acuerdo con el alcance contractual- es asignado al Concesionario Recaudo Bogotá. Sin perjuicio de esta asignación del riesgo comercial del fraude por evasión, encuentra el Tribunal que en el Contrato de Concesión las partes incluyeron algunas estipulaciones que imponen al Concesionario algunas obligaciones de *control* frente al fraude por evasión, circunstancias que, se reitera, no resulta exótica ni incompatible, pues el hecho de que un determinado riesgo se encuentre en cabeza de una de las partes de un contrato, no excluye que la otra parte tenga obligaciones a su cargo tendientes a controlar o disminuir el acaecimiento del riesgo respectivo.

2. En efecto, estas estipulaciones, de obligatorio cumplimiento para el Concesionario no son incompatibles ni excluyentes respecto de la asunción del riesgo de evasión física atribuida a Transmilenio, pues si bien a esta entidad le corresponde asumir el efecto económico derivado del acaecimiento efectivo de dicho riesgo, el alcance obligacional del Concesionario comporta la ejecución de determinadas actividades tendientes a contribuir en su mitigación. Por ello es que el Tribunal señala que no habrá de prosperar la **Pretensión Primera Principal** de la Demanda Reformada, en cuanto que no tiene asidero el primer postulado de la misma que señala que Recaudo Bogotá no tiene a su cargo el control y los efectos económicos de la evasión "en todos los casos", pues como quedó explicado, si bien el Concesionario asumió solo el riesgo de evasión tecnológica del SIRCI, sí podrían derivarse responsabilidades para el Concesionario relativas a la evasión física (relacionadas con los efectos económicos de la misma), en el evento de incumplir las obligaciones autónomas que en relación con la evasión física le fueron asignadas en el Contrato como se explica en el presente Laudo. Así mismo, no podrá prosperar la aludida Pretensión pues frente al contenido del segundo postulado de la misma, a partir del cual la Convocante pretende obtener una declaración en el sentido de que la responsabilidad del Concesionario se encuentra estrictamente limitada a la evasión que surge de fallas en el Subsistema o de la evasión cuyo control sea atribuido a otra entidad o a terceros, lo cual no corresponde a la realidad del contrato, pues como se establece en los acápite que siguen Recaudo Bogotá tiene obligaciones de medio que impactan directamente la evasión física en el Sistema,

y que de ser incumplidas, conllevan su responsabilidad en los términos que de acuerdo con la ley se desprendan del respectivo incumplimiento.

3. Corresponde ahora al Tribunal definir el alcance y naturaleza de las obligaciones contractuales establecidas en las cláusulas 1.62 sobre la disposición de Personal Operativo de Recaudo Bogotá para el control de la evasión en el Sistema, y 20.17 que regula lo concerniente a la incorporación de recursos, mecanismos y procedimientos para el control de la evasión, cláusulas que hoy son objeto de discusión entre las partes de esta controversia.

i. Disposición de Personal Operativo en estaciones y portales del Sistema con el objeto de mitigar la evasión

4. La primera obligación contractual a cargo de Recaudo Bogotá que analizará el Tribunal y que puede tener una incidencia directa sobre el control de la evasión física en el SIRCI, tiene origen en la definición contractual de Personal Operativo y en las funciones que este Personal debe desarrollar en torno a la evasión. Al respecto, las partes han manifestado a lo largo del trámite posturas contrarias frente al alcance de las funciones del Personal Operativo de Recaudo Bogotá.
5. De un lado, Recaudo Bogotá considera que la postura adoptada por Transmilenio y la Interventoría del Contrato de Concesión durante la ejecución contractual - según la cual el Concesionario debía disponer de personal operativo para controlar la evasión física en barreras- es errada, pues según el Concesionario, Transmilenio considera que Recaudo Bogotá tiene la obligación de asumir cualquier fraude que se derive del ingreso de usuarios sin validación del medio de pago, pese a que el alcance de su obligación contractual se limitaría a contar con personal operativo para supervisar el adecuado funcionamiento de los equipos, buscando así mitigar la evasión que pudiera ocasionarse como consecuencia de las fallas en el sistema de recaudo, única modalidad de evasión que el Concesionario considera se encuentra a su cargo³⁷. Así mismo, señala que dentro de sus obligaciones contractuales no se encuentra ninguna disposición que le imponga mantener

³⁷ Cfr. Demanda Reformada, f. 73 y 72.

personal operativo de forma permanente en todas las estaciones y portales del sistema para controlar la evasión, sea esta física o tecnológica, con lo cual se desestima la exigencia de la entidad contratante.

6. De otro lado, Transmilenio se refirió a los argumentos que sobre este asunto expuso la convocante, señalando que Recaudo Bogotá tiene como obligación contractual - objetiva, clara y determinada en la cláusula 1.62³⁸- proveer el personal operativo que considere necesario y eficiente³⁹ para controlar la evasión física y tecnológica del sistema. De hecho, en su demanda de reconvención formula como pretensión el incumplimiento de esta obligación por parte del Concesionario, pues en su dicho, este *"no ha dispuesto durante la totalidad del tiempo en que el Sistema está operativo de Personal Operativo especializado en Estaciones y Portales con la función del control del Fraude"*⁴⁰, y, además, no ejecuta por lo general actividad alguna para el control de la evasión física⁴¹. Para Transmilenio no es razón suficiente que acredite el cumplimiento de la obligación en mención, la contratación del Personal Operativo, pues para ello se requiere que Recaudo Bogotá disponga de él en las áreas concesionadas en las que se encuentran dispuestas las BCA.
7. Con base en los argumentos expuestos por las partes y el acervo probatorio obrante en el trámite, el Tribunal, en primer término, definirá el alcance y naturaleza de la obligación de Personal Operativo a cargo del Concesionario Recaudo Bogotá, para luego determinar si, en efecto, ésta se constituye en una obligación de control del Concesionario frente a la evasión física. Una vez abordados estos asuntos, el Tribunal podrá definir si se configura o no el incumplimiento contractual alegado por la Convocante en Reconvención.
8. Frente al primer aspecto, necesario punto de partida es acudir a la cláusula 21 del Contrato de Concesión que regula las obligaciones administrativas y financieras

³⁸ Demanda de Reconvención Reformada, f. 62.

³⁹ Cfr. Ibid., f. 16

⁴⁰ Ibid., f. 52

⁴¹ Cfr. Alegatos de conclusión Transmilenio, numeral II.1.7., f. 48.

del Concesionario del SIRCI, y que establece que Recaudo Bogotá deberá adelantar la contratación del personal requerido para ejecutar el objeto contractual y “*contratar directamente al Personal Operativo*” que incluye entre otros, taquilleros y personal de apoyo en estaciones. El tenor literal de la cláusula dice:

“CLÁUSULA 21. OBLIGACIONES ADMINISTRATIVAS Y FINANCIERAS DEL CONCESIONARIO SIRCI”. (...)

“21.1. Adelantar la contratación del personal requerido para el desarrollo del Contrato de concesión, para lo cual deberá cumplir con la legislación vigente, **así como contratar directamente al personal operativo**, como, por ejemplo: Taquilleros, personal de apoyo en estaciones, entre otros.”

9. El Personal Operativo al que alude la cláusula anterior se encuentra regulado en el numeral 1.62 del capítulo “1. Definiciones” del Contrato de Concesión, cuyo texto dice:

“1.62. Personal Operativo

Todo el personal que atiende de forma directa la operación del servicio: Taquilleros en estaciones, **personas a cargo del control de evasión en estaciones por parte del concesionario**, personal en puntos atención al usuario, personal que de forma exclusiva atienda puntos de venta externos, móviles y fijos y demás personal que soporte la operación de forma permanente.” (énfasis del Tribunal)

10. De las anteriores estipulaciones se destaca que, corresponde exclusivamente a Recaudo Bogotá como Concesionario, bajo su propia cuenta y riesgo, contratar el personal que llevará a cabo las actividades necesarias para dar cumplimiento a sus obligaciones contractuales, desde el inicio y hasta la finalización del plazo contractual, incluyendo al Personal Operativo.
11. En lo que concierne al Personal Operativo, según el numeral 1.62 citado, este fue definido como aquel que “*atiende de forma directa la operación del servicio*” de modo que, en términos generales, a este Personal le corresponde la ejecución de todas las actividades que en el marco de la operación tengan que ver con la prestación del servicio directamente a los usuarios. Según la definición, comprende entre otros, a taquilleros, personal en puntos de atención al usuario, personal

exclusivo para atención en puntos de venta externos, móviles y fijos, demás personal que soporte la operación de forma permanente, y, siendo relevante para el asunto que ocupa al Tribunal, las personas a cargo del *control* de la evasión en Estaciones.

12. Ya que el clausulado del Contrato no establece criterios particulares que delimiten las funciones a cargo de este Personal, más allá de la referencia a la atención directa de la operación del SIRCI y el control de la evasión, se acudirá a enmarcar el concepto del control de la evasión en las disposiciones legales y contractuales, así como a las referencias que traen a colación algunos apartes de los testimonios practicados durante la etapa probatoria del trámite, con el fin de ilustrar en mayor medida el alcance de las funciones del Personal.
13. El testigo Enrique Barbosa, jefe de operaciones de Recaudo Bogotá, se refirió al respecto, señalando que los funcionarios a su cargo no tienen facultad alguna sobre el control de la evasión física en el SIRCI y que dentro de las actividades que deben ser desarrolladas por ellos se encuentran, entre otras, brindar información al usuario, incentivar la recarga en dispositivos de carga automática y revisar los equipos e infraestructura del Sistema:

“DR. ESTRADA: (...) en concreto hay alguna actividad a su cargo o del equipo de personal a su cargo, alguna obligación que tenga que ver con controlar la evasión física de un medio de pago?”

SR. BARBOSA: No señor no tenemos ninguna actividad asignada en ese sentido, por cuanto la única actividad que nosotros ejercemos fuera de la taquilla es una información al usuario además de la información al usuario de rutas también tenemos la actividad de incentivar la recarga en las personas en los dispositivos de carga automática, tenemos la obligación de revisar que todos los equipos, toda la infraestructura tecnológica funcione correctamente y atender algunas posibles novedades o incidentes que se presenten por externalidades ya sea eventos, como los que actualmente tengo por ejemplo a mi cargo como el campin, como el CAD y demás actividades el Movistar Arena que ahorita están congelados, pero eso es lo que nosotros realizamos no tenemos ninguna función de evasión de hecho,

nunca se ha hecho ni siquiera un llamado de atención a alguna persona, porque esa función no existe.”⁴² (énfasis del Tribunal)

(...)

“SR. BARBOSA: (...) Ellos deben estar pendientes y garantizar que todas las barreras de control de acceso estén accesibles y en funcionamiento para todos los usuarios, de no ser así por algún incidente técnico ellos tienen de una u otra manera la facilidad para utilizar un dispositivo de carga manual para garantizar la validación, eso es lo que ellos hacen en estaciones.”⁴³

14. Al preguntar el apoderado de Recaudo Bogotá al señor David Camacho sobre el rol que cumple el personal de Recaudo Bogotá, el funcionario, en su calidad de Director Técnico de Seguridad de Transmilenio en el periodo comprendido entre el 2 de abril de 2018 y el 9 de febrero de 2020, manifestó:

“DR. ESTRADA: (...), cuál era el rol del funcionario de Recaudo Bogotá, porque es que ya usted nos ha contado en su relato que aquí hay compañía de vigilancia contratada por Transmilenio, rol de pedagogos y de mediadores contratados por Transmilenio, vigilancia canina contratada por Transmilenio y fuerza pública auxiliares, pero además patrulleros armados con todo el equipamiento y yo tengo unas personas que están ahí para manejar técnicamente los portales, usted qué tarea le asignaba o qué rol tiene ahí el funcionario de Recaudo Bogotá?

DR. CAMACHO: En las diferentes, en esa estrategia articulada si lo podemos llamar de esa manera, desde mi rol como director técnico de seguridad en relación con el personal de Tullave, lo que se pedía era que estuviera el número de personas que permitiera recargar, hacer las recargas de las tarjetas en los puntos que necesitaban sin que efectivamente hubiera un represamiento de personas alto en los puntos y que hubiera presencia en los torniquetes.”⁴⁴ (énfasis del Tribunal)

15. Puede evidenciarse de los testimonios citados que el Personal Operativo desarrolla diversas actividades comprendidas en el alcance general de la operación del Contrato -esencialmente en un escenario de gestión tecnológica- dentro de las cuales se pueden enunciar la revisión de los equipos del SIRCI y de la

⁴² Transcripción Testimonio del señor Enrique Barbosa, f. 86

⁴³ Ibid., f. 87

⁴⁴ Transcripción Testimonio del señor David Camacho, f. 48.

infraestructura; la orientación a usuarios en puntos de atención sobre la recarga y pago de la tarifa de ingreso; y de acuerdo con el testigo David Camacho la presencia en torniquetes.

16. Pero no pasa por alto el Tribunal que efectivamente la estipulación se refiere a "*control de la evasión*" en la Cláusula 1.62 del Contrato, por lo cual cabe preguntarse cuáles son las acciones que el Personal Operativo en el marco de su calidad de particular solo facultado para intervenir en el sistema de recaudo a través del contrato, puede efectuar para llevar a cabo este *control* de la evasión.
17. La obligación de control del Personal Operativo se predicaría no solo de la evasión tecnológica sino también de la evasión física, por ser el Personal de Recaudo quien al estar en mayor cercanía con el servicio podría tener un mejor manejo de este, pero encuentra el Tribunal como se verá que, de hecho, las facultades y capacidades de este Personal son insuficientes para abarcar y controlar la evasión física en Barreras, con lo que esta aproximación se tornaría inadecuada.
18. El Tribunal considera que en ningún caso dicho *control* supone que el Personal Operativo deba reprimir la evasión o imponer coercitivamente al evasor el pago o el uso del sistema de recaudo ni que, efectuado el fraude, dicho Personal Operativo tenga la potestad de imponer o ejecutar sanciones, ya que esta facultad no hace parte del régimen obligacional del Concesionario y tampoco se podría apoyar en habilitación legal alguna que le haya sido atribuida en su calidad de particular. La misma convocada ha manifestado en el desarrollo de este trámite y durante la ejecución de la etapa precontractual que no le corresponde a Recaudo Bogotá adoptar medidas coercitivas o sancionar a los usuarios evasores del Sistema, lo que en consecuencia significa que la obligación de control de la evasión por el Personal Operativo no puede materializarse a través de este tipo de acciones. Queda descartado, por sustracción de materia, una dimensión positiva de acción del Personal Operativo dentro de las obligaciones de *control de la evasión*, en lo que concierne a la evasión física. Pero entonces, ¿a qué se circunscribe la obligación en comento?

19. En las Aclaraciones a los Pliegos de Condiciones Definitivos No. 14⁴⁵ obrantes en el expediente de este trámite, Transmilenio se refirió a las observaciones realizadas por la señora Paola Andrea Mondragón Pedraza sobre las “*facultades de fiscalización, control y multa*” del Concesionario y las medidas a adoptar ante un evento de fraude en el Sistema, señalando que la fiscalización que ejerce el Concesionario no implica en ningún caso la imposición de multas o sanciones al evasor por tratarse de una competencia no atribuida a Recaudo Bogotá. Así lo indicó:

“215. Observaciones realizadas por PAOLA ANDREA MONDRAGÓN PEDRAZA de FAGUA LÓPEZ & ASOCIADOS del 03 de Marzo de 2011. Asunto: OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO DERIVADAS DEL SUBSISTEMA DE RECAUDO.

(...)

Para cumplir con las obligaciones contenidas en los numerales anteriores, es necesario que se nos aclare **cuáles son las facultades de fiscalización, control y multa, con las que contará el Concesionario con el propósito de que existan herramientas eficientes que garanticen que, detectada la ocurrencia de un evento de fraude, habrá consecuencias inmediatas para el usuario que lo comete, como por ejemplo la imposición de una multa a cargo de éste y a favor del Concesionario.** Esto, teniendo en cuenta que, si el Concesionario es el responsable del control y fiscalización de todo tipo de fraude que posibilite la evasión en el pago de la tarifa, la facultad de sanción y los funcionarios encargados del seguimiento y control pertinentes igualmente deberían estar en cabeza del Concesionario y no de Transmilenio S.A.

Respuesta: (...) Ahora bien, respecto de la fiscalización de la validación de la TISC, la tecnología móvil propuesta y autorizada es un mecanismo que puede ser utilizado por el Concesionario para realizar el control de la evasión, **sin embargo, esta fiscalización NO puede incluir la facultad de imponer multas que solicita el interesado, por encontrarse reservadas únicamente para las autoridades de policía, tal y como lo establece el Acuerdo 79 de 2003 “Por el cual se expide el Código de Policía de Bogotá”.**⁴⁶

⁴⁵ CD Principal No. 2. Anexos Contestación de la Reconvención, folio 181. Prueba 6 Formulario No. 14 Pliego de Condiciones definitivo.

⁴⁶ CD Pruebas No. 1. Pruebas aportadas con la reforma de la Demanda, folio 18. Prueba 8. f. 244

“232. Observaciones realizadas por PAOLA ANDREA MONDRAGÓN PEDRAZA de FAGUA LÓPEZ & ASOCIADOS del 03 de Marzo de 2011. Asunto: FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE PASAJEROS

(...)

Respuesta: (...) Finalmente, se aclara que no es posible otorgar a ningún Concesionario la facultad para multar a los pasajeros que no hayan pagado su pasaje, toda vez que la competencia para imponer este tipo de multas hace parte de la potestad sancionatoria que corresponde exclusivamente a la autoridad de policía, tal y como lo establece el Acuerdo 79 de 2003 “Por el cual se expide el Código de Policía de Bogotá”.

(...)

Conforme al párrafo segundo del mismo artículo, si estos comportamientos son incumplidos, dan lugar a las medidas correctivas contenidas en el Libro Tercero, Título III de la reglamentación citada. **Dichas medidas son los mecanismos establecidos mediante los cuales las autoridades de policía del Distrito resuelven los conflictos que se generen por comportamientos contrarios a la convivencia ciudadana.**⁴⁷ (énfasis del Tribunal)

20. En el mismo sentido Transmilenio ha reiterado en las actuaciones realizadas en el marco de este trámite arbitral, que Recaudo Bogotá no tiene facultad sancionatoria ni coercitiva alguna frente a los usuarios evasores del Sistema. Así lo señaló en su contestación a la Demanda Principal Reformada:

“Sin embargo, TRANSMILENIO S.A. en ningún caso pretende que el Personal Operativo del Concesionario haga uso de la fuerza y/o de potestades sancionatorias y/o de fuerza, facultades estas que son del resorte de la Policía Nacional y demás autoridades competentes”⁴⁸

“No obstante, se reitera que para TRANSMILENIO S.A. la responsabilidad y el riesgo que el Concesionario ostenta en materia de Evasión en el Sistema, -de conformidad con lo descrito en el Contrato de Concesión-, no implica de ninguna manera que el Concesionario tenga la obligación ni la facultad para “retener personas, sacarlas de la estación u obligarlas a validar su tarjeta en los validadores”, tal como lo afirma la Parte Convocante.”⁴⁹

21. Esta posición también fue reiterada por el testigo David Camacho, como Director Técnico de Seguridad de Transmilenio, quien manifestó que la exigencia que la

⁴⁷ Ibid. f. 55

⁴⁸ Contestación a la Demanda Reformada, f. 25.

⁴⁹ Ibid. f. 34

entidad hacía a Recaudo Bogotá consistía en la *presencia* de Personal en los torniquetes y no en el “*abordaje*” del evasor, labor encargada al personal de seguridad y a la Policía Nacional:

“DR. GUTIÉRREZ: Una aclaración a una pregunta que le acaba de hacer el doctor Estrada, la pregunta es qué querían que hiciera el personal operativo de Recaudo Bogotá en la estaciones y portales, usted respondió que presencia en los torniquetes y puntos de recarga, le hago la siguiente pregunta, alguna vez Transmilenio requirió al personal operativo para que se dirigiera a los usuarios evasores o solamente son su presencia bastaba?

DR. CAMACHO: No, por los mismos temas de integridad y por los precedentes que había de las agresiones a personal de Tullave a raíz entre otras de temas de evasión, lo que siempre se pidió fue el tema exclusivamente a recarga de la tarjeta Tullave y la presencia en los torniquetes. El tema del abordaje al evasor estaba a cargo del guarda de seguridad o del equipo de medición o la Policía a través del Comando de Servicio de Transporte Masivo.”⁵⁰ (énfasis del Tribunal)

22. Como aspecto relevante del asunto del alcance de la obligación de control de la evasión, el Tribunal considera apropiado traer a colación el significado que la Real Academia de la Lengua Castellana otorga al vocablo “control”. Se refiere en su primera acepción al sustantivo relativo a “comprobación, inspección, fiscalización, intervención”, y en su sexta acepción escuetamente al vocablo “testigo”, con lo que refuerza que el vocablo puede hacer alusión a la actividad de comprobación o verificación del acaecimiento. No obstante, otras acepciones dan cuenta de mayor injerencia sobre el fenómeno controlado, al referirse a control como “mando”, “dominio” o “dispositivo de regulación”.
23. Sin embargo, sigue presente en el propósito de abordar la adecuada interpretación de esta disposición contractual, la preponderancia de la voluntad de las partes frente al tenor literal de las palabras, para así dar cumplimiento al mandato legal (artículo 1618 del CC). De ello se acaba de dar cuenta con los testimonios citados que concuerdan en que no incumbe al Personal Operativo el control de la evasión en el sentido de reprimirla o sancionarla. Por supuesto, también esto resulta

⁵⁰ Transcripción Testimonio del señor David Camacho, f. 79.

acorde con otros parámetros de interpretación contractual (artículos 1620 CC y 1621) que invitan a darle a una cláusula el sentido en el que puede producir efecto y el que mejor se adapte a la naturaleza del contrato. En efecto, no podría exigirse del Personal Operativo la coerción al cumplimiento del pago, o la represión de la evasión, ni la sanción de la misma, al no ostentar funciones de policía, ni tampoco estaría acorde con la naturaleza del contrato, en el que se concede la actividad de recaudo, el incluir en tal actividad medidas policivas para la represión o sanción de la misma.

24. Aunado a lo anterior, no pierde de vista el Tribunal que el Personal Operativo en ejercicio de sus funciones o a modo de “colaboración” como lo ha enunciado la Convocante, ha advertido o reconvenido a usuarios evasores del Sistema que ingresan a través de medio físicos sin validar el medio de pago⁵¹. Al respecto, está ampliamente probado que sin ser una medida totalmente efectiva para controlar el fenómeno, sí ha derivado en múltiples ocasiones en agresiones contra la integridad física de este Personal⁵², e incluso, lamentablemente, han llegado a ocasionar consecuencias fatales para los operarios⁵³. Por esta razón, incluir este deber disuasivo dentro del abanico de obligaciones o funciones que tiene a su cargo el Personal Operativo, representaría para estos funcionarios una exposición mayor e innecesaria frente al riesgo de ser agredidos físicamente.
25. Es relevante señalar sobre este asunto que, durante la ejecución contractual, Transmilenio consideró que en lo que se refiere a la obligación del Personal Operativo no solo se exigía al Concesionario la presencia de dichos funcionarios

⁵¹ En Comunicación con Asunto: Impulso procedimiento sancionatorio No. 043 remitida por la Subgerencia jurídica de Transmilenio a Recaudo Bogotá, la dependencia se refirió al incumplimiento de la obligación relacionada con el Personal Operativo, señalando que el Concesionario debe “contar con personal específico del Concesionario a cargo del control de la Evasión en Estaciones del Sistema” y que, “a pesar de contar con personal del Concesionario a cargo del control de la Evasión en las Estaciones del Sistema, por el hecho que dicho personal no cumple su labor de manera eficiente, requiriendo siquiera a los Usuarios que ejecutan el acto de ingreso al Sistema sin validación”. En DVD Principal No. 1. Anexos Demanda de Reconvención. Prueba 8.1.42 Rad. 2018-EE22596.

⁵² Ver entre otras DVD Pruebas No. 1. Anexos con la Demanda inicial, folio 11. Oficio 544409. CD Principal No. 2. Anexos Contestación de la reconvención, folio 181, Prueba 33. Rad. 2016-308-083006-2 del 26 de julio de 2016, y Prueba 34. Rad. 2016ER23817..

⁵³ Ver CD Pruebas No. 1. Pruebas aportadas con la reforma de la Demanda, folio 18. Prueba 37 Oficio 630769-2016ER21720 del 27 de julio de 2016. Ver también Transcripción Testimonios de las señoras Luz Darys Garcés y Lina Pinzón.

en los torniquetes, sino también, invitar al usuario a validar su pasaje, como medida de disuasión al evasor, lo cual, como ya se señaló conduce en ocasiones a conductas agresivas en contra del Personal de Recaudo. Posteriormente, esta posición fue modificada, para ahora, incluso en el contexto de presente trámite arbitral, exigir del Concesionario la simple presencia del Personal Operativo en los torniquetes del Sistema como una medida de disuasión.

26. De lo señalado se extrae que el alcance de la obligación de Recaudo Bogotá consistente en “*controlar la evasión*” a través de su Personal Operativo no comprende la ejecución de actos de coerción o sanción al evasor, funciones que no le han sido atribuidas al Concesionario. En el mismo sentido tampoco podría exigirse al Personal reconvenir a los usuarios del Sistema cuando estos pueden verse expuestos a un riesgo exponencial de ser víctimas de agresión física. Se observa entonces que el Personal Operativo no está facultado -y difícilmente puede estarlo- para ejercer acciones eficientes y efectivas frente al control de la evasión. Pudiera entonces entenderse que el control de la evasión física al que se refiere el contrato estaría encaminado a llevar registro de la misma, a reportarla, para servir de dispositivo “testigo” o de fiscalización para determinar la presencia del fenómeno, calcularlo, clasificarlo, parametrizarlo etc., perspectiva cuya ejecución no está siendo discutida en este trámite.
27. Hasta este punto, la labor del Personal Operativo entonces con incidencia en la existencia y magnitud del fenómeno de la evasión, está limitada a las actuaciones que puede desarrollar un particular colaborador de la Administración, que para el caso concreto, comprende *hacer presencia* en las estaciones y portales del Sistema, y con ello cumplir con las labores ordinarias de la operación como son la revisión de equipos, la orientación a usuarios, la recarga del medio de pago y el control de la evasión tecnológica que se presente en los equipos a su cargo. Sobre este punto, cabe desatacar que las partes del Contrato en ningún momento incluyeron obligación alguna en la cual se exija al Concesionario disponer de la *presencia* de Personal Operativo en zonas determinadas de la infraestructura del Sistema, por lo que no corresponde ahora añadir un alcance adicional a la obligación prevista en el Contrato.

28. Considerando la magnitud y dificultad que ha presentado el control de este fenómeno para todas las instituciones involucradas en la operación del SITP, reconoce el Tribunal que la sola presencia del Personal en Estaciones o incluso la posibilidad de estos de reconvenir a los usuarios evasores, pueden no ser una medida eficiente para contrarrestar completamente este fenómeno, más aún, cuando ante estrategias más contundentes, como la presencia de Policía Nacional o de cuerpos de seguridad, no pocos usuarios optan por desatender a estas medidas y consumir la evasión, incluso con uso de violencia hacia el personal autorizado para reprimirla.
29. Ahora, sobre la relación existente entre la Presencia de Personal Operativo y la evasión física en barreras, en el marco de este trámite arbitral, la parte Convocante en reconvencción solicitó el decreto del denominado “Dictamen pericial en el marco del contrato interadministrativo 750 del 2019. Versión II” elaborado por la Universidad Nacional de Colombia, con fecha de febrero del año 2020. Esta experticia tiene por objeto determinar “i. si la evasión del pago del pasaje se ve disminuida por la existencia de personal de apoyo de Recaudo Bogotá; y ii. si el tipo de torniquete utilizado por Recaudo Bogotá S.A.S. incide en la evasión del pago del pasaje.”⁵⁴.
30. El dictamen pericial elaborado por la Universidad Nacional en el marco del Convenio Interadministrativo 750 de 2019 concluyó lo siguiente:

“A partir del procesamiento de la información recolectada, los análisis estadísticos arrojaron que existe una relación entre la presencia de personal de recaudo capital (sic) y el porcentaje de evasión en torniquetes. Esta relación resultó ser inversa, lo que significa que **al aumentar la presencia del operador se espera que en promedio el porcentaje de evasión de torniquetes disminuya.**

⁵⁴ CD PRUEBAS No. 1 Anexos Reforma de la demanda de reconvencción folio 13. Anexo 10.3. – rad – 2020ERO7883 – Dictamen UNC. “Dictamen pericial en el marco del contrato interadministrativo 750 del 2019. Versión II”, f. 5

La relación inversa entre las dos variables **es consistente para 7 de las 11 troncales. En el caso de las franjas horarias, 13 de las 15 observadas presentaron un (sic) similar que el comportamiento general de la muestra, esto significa se repitió el fenómeno** que a mayor presencia de persona del recaudo Bogotá, menor evasión. En el caso de las 4 troncales en donde el comportamiento no fue consistente, **no se contaba con la cantidad suficiente de datos**, la relación no es estadísticamente significativa.

Ahora bien, al aplicar el diseño muestral, se tiene que los datos expandidos son consistentes con los observados en el análisis de la muestra. **A mayor presencia de recaudo Bogotá en las estaciones en las diferentes franjas horarias, el porcentaje de evasión es menor. (...)**⁵⁵

31. La conclusión a la que arriba el dictamen pericial allegado por la convocante en reconvención es que, en efecto, la presencia de Personal Operativo en estaciones del Sistema tiene una relación inversa sobre la evasión física, en tanto que, si la presencia de personal es mayor, la incidencia de la evasión disminuirá. Según el dictamen, esta afirmación puede corroborarse *“con el coeficiente de correlación de Pearson que es igual a -0.37, también se calculó el coeficiente de correlación Spearman pues los datos no se distribuyen normalmente, el valor de dicho coeficiente fue de -0.36 siendo drásticamente significativo”*. Además, a partir de la estimación de la recta de regresión que *“mejor se ajusta a los datos”* se encontró que *“[e]n promedio, ante la no presencia de personal de recaudo Bogotá en torniquetes la evasión es igual al 26%; además por cada 0.6 minutos por hora de operación que aumente la presencia del operador, la evasión se reduce en promedio en 0.26%”*. Esta relación se presenta en las figuras No. 17, 18 y 19⁵⁶ del dictamen pericial, de las cuales, las dos últimas (17 y 18), representan la relación entre ambas variables -evasión y presencia de personal- según troncales y franjas horarias, sin embargo, frente a este cálculo señala el dictamen que pese a que los resultados continúan generando una relación inversamente proporcional, *“[p]ara estas desagregaciones se dispone de pocos datos ocasionando que la relación resulte débil para algunas troncales y franjas”*.

⁵⁵ Ibid., f. 39

⁵⁶ Ibid., f. 29 – 32.

32. Posteriormente, el dictamen presenta una estimación directa del porcentaje de evasión por dominios según intervalos de presencia de operadores en *torniquete*, calculando al interior de cada grupo, el porcentaje de evasión total y el porcentaje de evasión por torniquete con su respectivo coeficiente de variación⁵⁷. Según el texto del dictamen, si este coeficiente se encuentra en un rango entre 8% y 14% significa que la estimación tiene una precisión aceptable -un valor inferior se considerará preciso- entre 15% y 20% deberá usarse con precaución en tanto la estimación será regular. Considerando estos parámetros señala el dictamen que *“los coeficientes de variación se encuentran entre el 9% y el 17%, esto indica que la calidad de las estimaciones son aceptables y es posible usar los datos para ver tendencias (...)”*⁵⁸

33. Ahora bien, no pierde de vista el Tribunal que esta prueba fue objeto de contradicción por el apoderado de la parte convocante, quien se opuso a la experticia manifestando lo que consideró son inconsistencias de fondo sobre la metodología y las conclusiones del dictamen que darían lugar a la objeción de esta prueba por error grave⁵⁹.

34. El dictamen de contradicción financiero, matemático estadístico, denominado “Dictamen de contradicción frente al peritaje llevado a cabo según contrato interadministrativo No. 750 de 2019 suscrito entre Transmilenio S.A. y la Universidad Nacional de Colombia”⁶⁰, elaborado por el perito Diego Escobar, puso de presente la existencia de algunos aspectos en la metodología utilizada que, en su consideración, distorsionaron los cálculos del dictamen pericial de la UNAL. En efecto, este dictamen determinó que *“la metodología empleada (...) se limita a la detección del personal de Recaudo Bogotá por medio del color de la vestimenta.*

⁵⁷ El dictamen se refiere a este concepto como “una medida de la calidad de la estimación”, “la variación porcentual del error estándar a la estimación central”, f. 33

⁵⁸ Ibid. f. 33.

⁵⁹ Recaudo Bogotá se refirió en el capítulo denominado “VIII. CONTRADICCIÓN AL DICTAMEN PERICIAL DE PARTE APORTADO POR LA DEMANDANTE EN LA REFORMA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN. **OBJECIÓN POR ERROR GRAVE** de la contestación a la demanda de reconvencción reformada, en donde afirmó: “Desde ya manifiesto a los Honorables Árbitros que me opongo al dictamen pericial aportado por la parte demandante en la reforma de la demanda de reconvencción, y lo objeto por los graves yerros en que incurrió el perito en su ejercicio. (...)”.

⁶⁰ CD Pruebas No. 1 Peritajes Recaudo Bogotá, folio 19. 0.3. Dictamen Pericial Estadístico.

Esto limita considerablemente el argumento pues inclusive el mismo informe detalla un conjunto de posibles errores que llevan a que no sean consistentes los estimativos.”⁶¹. Adicionalmente, se refirió a aspectos puntuales del análisis estadístico. Frente a las franjas/horario y troncales evaluadas señaló que las conclusiones no son precisas debido a los valores de los coeficientes de variación, “a partir de los cuales se concluye que la estimación no es precisa, sino que se trata de meros indicadores”⁶². Señala además que se encontraron nueve casos de regresiones en los cuales se contradice la tesis central del dictamen.

35. Adicionalmente, en el Documento Complementario al “Análisis del Sistema Transmilenio S.A en función de la evasión y sus causas”, denominado “Incidencia del personal en la reducción de la evasión, e incidencia de las barreras anti-evasión en la reducción de la evasión” elaborado por el ingeniero Juan Manuel Robledo, el perito manifestó que *“el estudio de la Universidad Nacional de Colombia realiza afirmaciones, que por el uso indebido del lenguaje y por la tendencia a minimizar un fenómeno a la simplicidad de una tendencia estadística, termina sesgando las conclusiones de la complejidad del fenómeno que es la evasión”⁶³. Y en tal sentido, al tratarse de una realidad compleja, su solución no puede ser analizada exclusivamente a la luz de un factor numérico, pues requiere la integración de muchos factores tanto cuantitativos como cualitativos⁶⁴.*

36. Reseñado lo anterior, y considerando los criterios de apreciación de la prueba dispuestos por la normatividad procesal (artículo 232 del CGP), el Tribunal encuentra que aun cuando en audiencia de contradicción se efectuaron aclaraciones sobre algunos de los reparos formulados al dictamen, estas precisiones no fueron suficientes para descartar la totalidad de las censuras planteadas.

⁶¹ Ibid., f. 2.

⁶² Ibid. f. 9.

⁶³ Documento Complementario al “Análisis del Sistema TransMilenio S.A en función de la evasión y sus causas”, denominado “Incidencia del personal en la reducción de la evasión, e incidencia de las barreras anti-evasión en la reducción de la evasión”, CD Pruebas No. 1 Peritajes Recaudo Bogotá, folio 19. 0.2. Dictamen Interdisciplinar. f. 7.

⁶⁴ Ibid. f. 4

37. De hecho, en lo que concierne particularmente a la metodología desarrollada surgen dudas sobre el método a través del cual se realizó la recolección de información del material visual en las Estaciones y Portales seleccionados en la muestra, pues durante el trámite de contradicción se pusieron de presente diversas variables que no fueron tenidas en cuenta en la experticia. Dentro de estas variables, se encuentran, por ejemplo, la ubicación de cámaras de video que abarcan un rango de visión reducido sobre las zonas próximas a las BCA, la existencia de personal de seguridad o de la Policía Nacional haciendo acompañamiento al Personal Operativo del Sistema, el uso de prendas distintas a la dotación del Personal, entre otras.

38. Sobre este asunto, el perito señaló en audiencia lo siguiente:

“DR. ESTRADA: No, no me entendió Cesar si de pronto el funcionario de Recaudo esta con gripa y se quiere poner encima de su chaleco azul una chaqueta roja ese personal ustedes lo identificaron como de Recaudo o por no tener verde o azul no fue tenido en cuenta?”

SR. PEDRAZA: No, no fue tenido en cuenta si el personal tenía una prenda encima de la chaqueta se supone que a ver, el personal de Recaudo puede portar una camiseta verde como la que le comento o puede portar una chaqueta azul, en ningún caso nosotros evidenciamos personal usando una prenda encima de una chaqueta azul, es muy raro, no se me atrevería a decir que es muy raro que se usara una prenda encima de una chaqueta azul en este caso.”

(...)

DR. CHALELA: Yo quiero entender algo ingeniero usted nos explicó al comienzo que cuál es la metodología, es decir, usted nos dijo tomaron un video del que no tiene criterio o que tiene un video objetivo en el que no se excluyen ni se incluyen personas ni criterios, es decir, el video cuenta gente cuenta gente como usted nos ha explicado de camiseta y con vivos brillantes que tienen como personal de Recaudo o cuenta toda la gente para el estudio del dictamen me pidieron contar a través de la gente con camiseta verde de Recaudo o la gente con chaqueta azul de Recaudo.

Ninguna otra variable se tuvo en cuenta es decir las discriminaciones está proponiendo respecto a que si se tiene en cuenta los descansos las incapacidades, los días en que se cambia la metodología de presencia etc., algunas otras variables que se pregunta al final se incluyó o hay una completa llaneza y línea plana en el software a la hora de la programación para efectos del conteo del personal?

SR. PEDRAZA: Señor presidente no el software hace una estimación de la presencia de personal que con las características que nosotros le introduzcamos en este caso arriba del personal con camisetas verdes o chaquetas azules y hace una estimación de la presencia de todo el tiempo que dura el video digamos cuenta cuánto tiempo estuvo la persona allí con estas características que nosotros introdujimos.

El software no tiene en cuenta es de hecho quisiera aclarar que le hiciera técnicamente muy complicado, que introducir variables como por ejemplo si la persona estuvo incapacitada porque estamos hablando de una persona y no del sistema como tal o de Recaudo Bogotá como tal estaríamos hablando de la presencia de una persona específicamente en este caso si se hiciera así no tenemos en cuenta por ejemplo si la persona fue al baño digámoslo así que porque es muy insistente hubiésemos tenido tener en cuenta digamos que preguntarle a la persona si va a ausentarse o va al baño o no y esto hubiese alterado la medida porque eso hubiese sesgado quizás digamos la medida como tal”.

39. Adicionalmente, llama la atención que, frente al análisis estadístico de la información recolectada, algunas relaciones estimadas se tornen débiles por falta de datos suficientes, como lo explica la señora Giraldo, miembro del equipo que elaboró el dictamen pericial:

“DR. ESTRADA: Pero mi pregunta por favor y excúseme que sea insistente es usted en su experiencia con toda esa larga hoja de vida que nos contó de publicaciones de contacto con el sistema de transporte a qué le atribuye que 9 estaciones de esa relevancia como la que le estoy refiriendo, aunque haya personal de Recaudo Bogotá haya una mayor evasión?

(...)

SRA. GIRALDO: Bueno, la razón por la que usted evidencia es uno, **esa relación es muy débil y la razón por la que uno puede evidenciar eso es porque no hay suficientes datos**, si bien nosotros usamos ese tipo de ilustraciones perdón la redundancia de manejo ilustrativo para ver cómo se comportaban los datos entre la presencia de personal y la evasión por estación, usted no podría digamos **o ninguna persona podría afirmar que esta relación sea fuerte y...**

(...)

SRA. GIRALDO: Ok como se evidencia por estaciones o el estudio que realizó la Universidad Nacional no permite hacer inferencia de la evasión a nivel estación **no contamos con suficientes datos que permitan tener un error de estimación bajo, lo que se evidencia es que evidentemente si es una relación débil eso es lo primero es una relación muy débil.**⁶⁵

⁶⁵ Transcripción Interrogatorio del señor perito César Pedraza, f. 28.

40. El Tribunal reconoce que el dictamen permite obtener una primera aproximación cuantitativa razonable frente a la relación existente entre ambas variables, sin embargo, considera que no ofrece precisión absoluta sobre dicha estimación para calcular un efecto cierto y concreto. Dados los cuestionamientos que rondan la metodología adoptada en el dictamen, no se acredita con suficiente claridad y precisión que la conclusión a la que llegó el dictamen, es decir, que la presencia de personal operativo tenga un efecto disuasivo en los usuarios del Sistema, sea certera.
41. Sobre el efecto disuasivo del Personal Operativo se pronunciaron el señor Javier Cancela y la testigo coronel Gómez, señalando que, precisamente, la magnitud del fenómeno de la evasión genera que la presencia de Personal, e incluso en ocasiones de autoridades de Policía sea insuficiente para su control:

“DR. ESTRADA: **Pregunta No. 9.** Voy con la novena pregunta, podría usted explicar al panel arbitral si en la opinión de Recaudo Bogotá la presencia de funcionarios en la zona de torniquetes produce un efecto disuasivo en la práctica, ha producido un efecto disuasivo para que la gente no evada los torniquetes?

SR. CANCELA: Después de lo que acabo de contestar al respecto de lo otro, para mi es obvio que no, es muy claro que funciona, claramente no funciona, y también respaldado en los innumerables videos que hay de medios, de las cámaras del sistema, etcétera, donde se ve que los que se cuelan ni siquiera respetan a la fuerza de seguridad, a la policía, no respetan nuestros funcionarios, no respetan a los guardas de seguridad privada, no respetan a lo policía, entonces hablar que el tener un funcionario ahí va a hacer una diferencia en la evasión también me parece un poco “ridículo” en todos los respetos.”⁶⁶

La testigo Gómez, señaló en su declaración:

“DR. ESTRADA: Por eso le pregunto coronel y según su experiencia usted que para llegar a coronel de la policía hay mucha agua por debajo del puente, para estar al frente de una unidad como la que está y temas sensibles como los que hemos conocido quienes por miles de avatares hemos visto su carrera profesional le pregunto, un policía uniformado es el efecto disuasivo suficiente o un funcionario con un chaleco que diga Recaudo Bogotá es el efecto disuasivo para que alguien que quiere vulnerar las normas de convivencia no las vulnere?

⁶⁶ Transcripción Interrogatorio de parte del señor Javier Cancela. f. 12

SRA. GÓMEZ: Por la experiencia cuando nosotros tenemos infractores y cuando los infractores quieren infringir la ley créame que no hay nada que los pueda disuadir, lamentablemente estamos frente a unos comportamientos y una cultura que se está saliendo de todo control y yo creo que es evidente con todo lo que se está viendo y evidenciando.”⁶⁷ (énfasis propio)

42. Tal como se expone, en efecto, el Personal Operativo no está facultado para desarrollar acciones tendientes a forzar la conducta del evasor a través de medios físicos o coercitivos, y además, no está plenamente probado que la eventual disuasión que pueda llegar a generar en el Personal Operativo en efecto sea una medida contundente para controlar dicho fenómeno, pues como se ha visto en el material probatorio, en muchas ocasiones la reconvencción o la sola presencia de Personal de Recaudo no es suficiente para motivar un cambio en la conducta del evasor, máxime en eventos de gran volumen de evasión como las denominadas “colatones”. En ese sentido se tiene que su labor se enmarca en la presencia que haga este Personal en las Estaciones y Portales, ya que no hay hasta ahora una actividad distinta que, dentro de la capacidad del personal operativo, les permita controlar de forma efectiva la evasión física.
43. Así, pese a que la obligación bajo examen podría interpretarse como una obligación del Concesionario para refrenar, reprimir o disolver la evasión, es claro que el ámbito de acción del Personal Operativo no permite exigir de estos funcionarios más que la presencia en Estaciones y Portales, y el control de la evasión -en esa connotación de represión o disuasión- se produce exclusivamente a través de medios tecnológicos; mientras tanto, en lo que hace a la evasión física, el Concesionario solo podría controlarla en el sentido de dar cuenta de ella, registrarla, reportarla.
44. Ahora bien, definido el alcance de la obligación contenida en el numeral 1.62 del Contrato, procede el Tribunal a analizar su naturaleza, con el fin de identificar si en efecto existió o no un incumplimiento del Concesionario Recaudo Bogotá.

⁶⁷ Transcripción Testimonio de la señora María Elena Gómez. f. 26

45. El régimen general de las obligaciones dispone que estas podrán clasificarse entre otras categorías, en obligaciones de medio y de resultado. Según la doctrina, estas tipologías “se endereza[n] a determinar cuándo hay o no inejecución de obligaciones y el papel que desempeña el caso fortuito, cuestiones estas que son fundamentales para valorar la responsabilidad que compete al deudor por la referida inejecución.”⁶⁸
46. La doctrina autorizada ha señalado frente a esta distinción que las obligaciones de resultado implican que el resultado en sí mismo, valga la redundancia, es la prestación debida y por tanto, salvo acreditación de una causal de exoneración, el no conseguirlo conlleva al incumplimiento de la obligación. Ahora bien, frente al concepto de obligaciones de medio, que “son aquellas en las que la prestación o el compromiso que adquiere el deudor para con el acreedor consiste, precisamente, **en poner todos los medios necesarios para obtener un resultado que no se garantiza; entonces, el resultado, en sí mismo, no hace parte de la prestación debida**, y en esa medida, si no se obtiene dicho resultado, pero el deudor puso todos los medios necesarios para su obtención, no podrá hablarse de incumplimiento de la obligación”⁶⁹ (énfasis del Tribunal).
47. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, ha señalado que dentro de los múltiples criterios esbozados para distinguir entre uno u otro tipo de obligación se encuentran, entre otros, la voluntad de las partes, la aleatoriedad del resultado esperado y el efecto que la conducta debida del deudor -orientada a satisfacer la prestación debida- cause sobre el concepto de cumplimiento. Se cita en lo relevante:

“En el planteamiento clásico de la teoría se consideró que el criterio de distinción para establecer si se está en presencia de una u otra clase de obligaciones, luego de evaluar, obviamente, la voluntad de las partes, se encuentra en la aleatoriedad del resultado esperado. En ese sentido, se señaló que **en las obligaciones de medio el azar o el acaso es parte constitutiva de su contenido, y el resultado no depende directa y necesariamente de la actuación diligente del deudor, mientras que,**

⁶⁸ Ospina Fernández, Guillermo. Régimen General de las obligaciones. Editorial TEMIS. 2014, p. 26

⁶⁹ Bonivento Jiménez, José Armando. Obligaciones. Primera edición. LEGIS. 2017, p. 186

por el contrario, en las obligaciones de resultado lo contingente está presente en una mínima proporción, de manera que la conducta del obligado debe ser suficiente para obtener el logro esperado por el titular del derecho de crédito.”

En la actualidad como un desarrollo de las ideas antes esbozadas y sin perjuicio de que se puedan considerar varios factores para adoptar la determinación respectiva (cfr. art. 5.1.5. de los Principios Unidroit), **el criterio más aceptado para distinguir uno y otro tipo de obligación se encuentra en la incidencia que en el concepto de cumplimiento pueda tener el que con la conducta debida se realice el interés primario del acreedor, es decir, que éste efectivamente obtenga el resultado útil o la finalidad práctica que espera lograr.** En algunas obligaciones, el deudor asume el compromiso de desarrollar una conducta determinada en favor del acreedor, con el propósito de satisfacer el resultado esperado por éste; **no obstante, si tal resultado también depende de factores cuyo control es ajeno al comportamiento del deudor, v.gr. elementos aleatorios o contingentes, la obligación, en dichos eventos, es de medio o de medios, y el deudor cumple su compromiso si obra con la diligencia que corresponda, aunque no se produzca la satisfacción del interés primario del acreedor.** Por su parte, en otras obligaciones, las de resultado, el interés primario del titular del derecho crediticio sí se puede obtener con el comportamiento o conducta debida, toda vez que en ellas la presencia del componente aleatorio o de azar es exigua, y por ende, el deudor sí puede garantizar que el acreedor obtenga el resultado o logro concreto que constituye dicho interés primario”⁷⁰

48. Según el criterio doctrinal y jurisprudencial, encuentra el Tribunal que la presencia de Personal Operativo comprende una prestación de hacer (adelantar la contratación de personal y contratar al personal operativo según la cláusula 21.1.), la cual incluye la contratación de personas a cargo del control de la evasión (definición de Personal Operativo del numeral 1.62 del Contrato), lo cual se traduce en una obligación de medio exigible al Concesionario. En efecto, Recaudo Bogotá se obligó a desplegar una conducta que busca controlar la evasión del sistema, garantizando la presencia de Personal Operativo en las Estaciones y Portales -no necesariamente en una zona en particular- pues es este el único alcance que en sus capacidades y funciones puede tener este Personal frente a la evasión física.

⁷⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Rad. 20001-3103-005-2005-00025-01. M.P.: Arturo Solarte Rodríguez. Sentencia de 5 de noviembre de 2013

49. No obstante, aun cuando el Concesionario actúe con diligencia en el posicionamiento de su Personal Operativo en las Estaciones del Sistema, entre la conducta desplegada y la consecución del resultado propuesto —el control de la evasión física- existe una contingencia o *acaso* consistente en que el evasor -ajeno al Concesionario- decida obviar la presencia o eventuales recomendaciones del Personal Operativo e ingresar al Sistema sin validar previamente el pago de su pasaje.
50. Bien sea dicho, la contingencia a la cual se encuentra sometida la obligación de Recaudo Bogotá comprende no solo la conducta de un determinado evasor, sino la existencia de un fenómeno social y estructural que ha desbordado el campo de acción de las autoridades y particulares que tienen a su cargo su gestión.
51. Visto lo anterior, es evidente que siendo esta una obligación de aquellas consideradas de medio, y que por ende al existir un azar en su ejecución no se exige un resultado cierto -el control definitivo de la evasión- no es posible predicar de ella que simultáneamente se trate de una obligación de imposible cumplimiento. Lo anterior ya que la conducta de Recaudo Bogotá frente a la disponibilidad del Personal Operativo, debe enmarcarse en diligencia adecuada que se materializa a través la presencia de sus operarios en Estaciones y la ejecución de actividades propias de su cargo, incluyendo el control de la evasión que se encuentran en capacidad de manejar (tecnológica).
52. Procede ahora el Tribunal a analizar si en el desarrollo del trámite arbitral se acreditó el incumplimiento alegado por la Convocante en reconvención.
53. Frente a este aspecto del incumplimiento de las obligaciones de medio solo puede eximirse el deudor siempre y cuando acredite que *“puso todos los medios necesarios para su obtención”*, es decir, que *“obra con la diligencia que corresponda, aunque no se produzca la satisfacción del interés primario del acreedor”*. En esta misma línea el artículo 1604 del Código Civil establece en su inciso tercero que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, y la prueba del caso fortuito al que lo alega.

54. En lo que se refiere a la prueba de la presencia de Personal Operativo, el Tribunal encuentra lo siguiente:
55. En respuesta a algunos requerimientos efectuados por la Interventoría a Recaudo Bogotá, este se refiere al porcentaje de presencia de Personal Operativo existente en las Estaciones y Portales relacionadas en las comunicaciones de la Interventoría. Por ejemplo, en oficio 634759 2016ER24683 del 24 de agosto de 2016, Recaudo Bogotá señaló que contaba con Personal Operativo en el 95% de las estaciones⁷¹. Así mismo, en comunicación RB-609495-INT-20052016 del 20 de mayo de 2016, emitida en respuesta al requerimiento de interventoría No. 77 dijo que para el mes de marzo de 2016 *“en la revisión realizada, se evidencia que en el 96% de las situaciones revisadas, hay presencia de personal de RBSAS”* y señala que en los videos se evidencia que en la mayoría de casos, el personal operativo del SIRCI advierte a los usuarios del SITP para que ingresen al sistema validando el medio de pago⁷². En comunicación RB-661632-INT-18112016 del 18 de noviembre de 2016, Recaudo Bogotá respondió al requerimiento No. 129 de la interventoría, señalando frente a sus hallazgos de evasión en el mes de septiembre de 2016 que, de los 140 accesos evaluados, se evidenció que en el 98% de ellos había Personal Operativo de Recaudo Bogotá en ejercicio de sus funciones.
56. Observa también el Tribunal que a partir de los videos allegados al trámite puede evidenciarse que, el Personal de Recaudo Bogotá, usualmente se encuentra en las Estaciones y Portales, independientemente de si se ubican o no exclusivamente en las Barreras destinadas al ingreso de usuarios⁷³.
57. El testigo Barbosa se refirió al asunto indicando que el Personal Operativo ubicado en Estaciones se encuentra distribuido en diversas áreas de la infraestructura concesionada, con lo que se infiere que siempre hay Personal presente en Estaciones:

⁷¹ CD Pruebas No. 1. Pruebas aportadas con la reforma de la Demanda, folio 18., Prueba 39.

⁷² CD Principal No. 2. Anexos Contestación de la reconversión, folio 181. Prueba 19 f. 4

⁷³ Ver CD No.1. Anexos reforma de la Demanda de Reconversión, f. 14 y f. 15.

“DR. ESTRADA: Digamos sí como para describirle a los árbitros para cumplir esas funciones que usted refiere de información, de venta, de recarga de verificación del buen funcionamiento técnico, dónde está ubicada físicamente la o las personas de la compañía que están en las estaciones?

SR. BARBOSA: (...) Entonces le refería que unos están dentro de la taquilla y otros están fuera de la taquilla, en qué área específicamente ellos van de una u otra manera se desplazan entre un área paga que es dentro de las barreras dentro de los vagones y otros están o se desplazan área paga y área no paga, el área no paga es cuando por ejemplo asesoran a los usuarios con respecto a algún tipo de inconveniente que puedan tener con su tarjeta y asesorar también a los usuarios para que realicen el dispositivo de carga automáticas, otros están por dentro de los vagones los cuales están dispuestos a generar alguna información a los usuarios y atentos a cualquier incidencia que se pueda presentar con los dispositivos de validación.

Ellos deben estar pendientes y garantizar que todas las barreras de control de acceso estén accesibles y en funcionamiento para todos los usuarios, de no ser así por algún incidente técnico ellos tienen de una u otra manera la facilidad para utilizar un dispositivo de carga manual para garantizar la validación, eso es lo que ellos hacen en estaciones.”⁷⁴ (énfasis del Tribunal)

58. De lo expuesto a lo largo del trámite, el Tribunal da cuenta de que en efecto, las partes no cuestionan la presencia de Personal Operativo en las Estaciones del Sistema, este es un asunto que no se encuentra sujeta a debate alguno. La discordancia entre las partes se encuentra en la presencia de este Personal en las áreas correspondientes a las BCA, que como señaló previamente el Tribunal, no es un alcance contenido actualmente en la obligación del Concesionario en los términos expuestos en el Contrato de Concesión.

59. A partir del material probatorio obrante en el expediente del trámite, se evidencia que Recaudo Bogotá ha cumplido diligentemente con la contratación y presencia de Personal Operativo en las Estaciones del Sistema, pues de la prueba testimonial se desprende que, dada la distribución del Personal, en las Estaciones ha habido funcionarios de Recaudo dispuestos a prestar el servicio de la operación sea con presencia en barreras, en taquillas o en los medios de recarga dispuestos

⁷⁴ Transcripción Testimonio del señor Enrique Barbosa, f. 87

para los usuarios. Adicionalmente, no existe requerimiento alguno al Concesionario frente a su obligación de disponer de Personal Operativo en las Estaciones por lo que entiende el Tribunal que esta obligación no ha sido objeto de incumplimiento.

60. Por lo expuesto, el Tribunal declarará que prospera, en los términos señalados en este capítulo del Laudo, la **Pretensión Primera** de la Demanda de Reconvención Reformada en tanto Recaudo Bogotá se obligó contractualmente a contar con Personal Operativo en las Estaciones del Sistema. De otro lado, no prosperarán las **Pretensiones Cuarta y Séptima** de la Demanda de Reconvención Reformada en el entendido en que no quedó acreditado el incumplimiento de la obligación de medio a cargo del Concesionario, consistente en la presencia diligente de Personal Operativo en las Estaciones del Sistema. Por las mismas razones, y solo en relación con la inexistencia de un incumplimiento acreditado de esta obligación, procederá parcialmente la **Excepción 5** de la Contestación a la Demanda de Reconvención.

Frente a la **Pretensión Segunda Principal** de la Demanda Reformada, el Tribunal declarará que procede, en la medida en que se acreditó que Transmilenio incumplió el régimen legal de riesgos al exigir al Concesionario, entre otros medios, a través del inicio de actuaciones administrativas⁷⁵, que responda por el riesgo de evasión física a través de su Personal Operativo, a quien se le exigió obtener un resultado -controlar la evasión- aun cuando el alcance de su capacidad o de sus facultades era insuficiente para ello.

⁷⁵ Mediante comunicación 2017EE21473 del 20 de diciembre de 2017 la Subgerencia Jurídica de Transmilenio dio "inicio al procedimiento de imposición y liquidación de multas contractuales por presuntos incumplimientos de obligaciones a cargo del Concesionario", relacionadas con el ingreso de usuarios a zonas pagas (Proceso No. 43 de 2017). En dicha comunicación, se señaló que las estipulaciones presuntamente infringidas serían, las cláusulas 1.82 (Personal Operativo), 20.16, 20.17 y apartados de la matriz de riesgos relacionados con la mitigación del riesgo de fraude por evasión. Haciendo particular referencia a la exigencia de Personal Operativo, el informe de la interventoría adjunto a dicha comunicación presentó un análisis sobre dicho incumplimiento. Frente al aludido procedimiento sancionatorio, que sería suspendido con la convocatoria del presente Tribunal, Transmilenio se refirió en la Demanda de reconvención (ver hecho 43), señalando que, en efecto, "le atribuyó al Concesionario el presunto incumplimiento del Contrato de Concesión, entre otros, por: - No contar con Personal Operativo específico del Concesionario a cargo del Control de la Evasión en Estaciones y Portales del Sistema; (...)" (f. 45)

61. Ahora bien, en lo que se refiere a la **Pretensión Primera Subsidiaria de la Cuarta Principal** de la Demanda de Reconvención reformada, esta solicitud prosperará, con el alcance y en el sentido previsto en la parte motiva de este Laudo, en la medida en que Recaudo Bogotá efectivamente asumió los riesgos previstos en la cláusula 20.17 del Contrato de Concesión y aquellos que le fueron asignados en la Matriz de Riesgos contenida en el Anexo 5, particularmente el riesgo derivado del fraude por evasión del pago, solo en lo que respecta al riesgo por evasión tecnológica en el Sistema, lo cual no incluye el que se ha denominado riesgo de evasión física.

62. El Tribunal, desestimaré la **Excepción 7** de la Contestación a la Demanda de **Reconvención** en tanto que no se acredita la existencia de una conducta contraria a la buena fe por parte de Transmilenio, quien durante el periodo precontractual y a lo largo de este trámite ha expuesto consistentemente que Recaudo Bogotá y su Personal Operativo no tienen funciones coercitivas asimilables a las de la Policía Nacional.

ii. Incorporación de recursos, procedimientos y mecanismos para el control de la evasión.

1. La segunda obligación que deberá analizar el Tribunal en torno al control de la evasión física, corresponde a la cláusula 20.17 del Contrato de Concesión, estipulación contractual que impone al Concesionario deberes relacionados con el riesgo comercial, y en la cual destaca particularmente el siguiente inciso, que establece la obligación del Concesionario incorporar los recursos, procedimientos y mecanismos para el control del fraude en cualquier punto de las áreas de las estaciones que integran el subsistema de recaudo. El texto de la estipulación aludida es el que sigue:

“20.17 El riesgo comercial asumido por el CONCESIONARIO y la responsabilidad aquí prevista, tiene los siguientes alcances mínimos, sin perjuicio de las acciones que por este concepto le sean imputables al CONCESIONARIO conforme a ley:

(...)

El CONCESIONARIO debe incorporar los recursos, procedimientos y mecanismos para el control del fraude en cualquier punto de las áreas de las estaciones que integran el subsistema de recaudo, así como identificar y controlar las fuentes de fraude internas y externas. Para este efecto, se considerarán fuentes de fraude externas aquellas que pueden provenir de la acción de terceros que no se encuentran bajo la responsabilidad, control o influencia del CONCESIONARIO, entre las cuales se enumeran a título meramente enunciativo y no taxativo, las siguientes (...).

2. Para la parte Convocante en reconvencción, el Concesionario ha incumplido esta obligación pues en su criterio, no ha incorporado recursos, procedimientos y mecanismos para el control del Fraude en los accesos, lo cual se acredita al no disponer Recaudo Bogotá de Personal Operativo específico para el control de la evasión en los accesos de las Estaciones y Portales del Sistema y, además, considerando las altas tasas de evasión que se genera a través de las BCA, que según Transmilenio asciende al 10.50% de los usuarios que ingresan al Sistema. Aunado a lo anterior, consideró que *“el Concesionario dentro de su autonomía de la voluntad aceptó llevar a cabo unas medidas de mitigación ante el acaecimiento del riesgo analizado, para lo cual consintió, entre otras, reclutar personal experto en seguridad, prestar el apoyo mediante “controladores” a su cargo y utilizar seguridad privada”*⁷⁶. Al respecto Recaudo Bogotá reiteró que en el Contrato no se definió ninguna obligación a su cargo en la que se le imponga implementar recursos, procedimientos y mecanismos que permitan enfrentar la evasión en el pago de la tarifa *“entendida esta como acción del usuario encaminada a eludir las barreras físicas de control de acceso que dispuso el Concesionario del SIRCP”*⁷⁷, pues el contrato solo reguló lo concerniente a la evasión tecnológica del Sistema. Entonces, la diferencia entre las partes en torno a esta estipulación, está en definir si las obligaciones adquiridas por Recaudo Bogotá previstas en el acápite citado en el numeral anterior (cl. 20.17) incluyen la destinación de personal especializado para la evasión física (el Tribunal se refiere en otro acápite de este Laudo, a la obligación consignada en la cláusula 21.1. y la definición de Personal Operativo del numeral 1.62 del Contrato).

⁷⁶ Demanda de Reconvencción Reformada, f. 66.

⁷⁷ Contestación Demanda de Reconvencción Reformada, f. 97.

3. Del texto de la cláusula se extrae que esta obligación comprende dos aristas principales. De un lado, la incorporación de los recursos, procedimientos y mecanismos para el control del fraude en cualquier punto de las áreas de las Estaciones que integran el Subsistema de recaudo y, del otro, la identificación y control de las fuentes de fraude internas y externas -supuesto que no se alega incumplido-.
4. El primer postulado de esta obligación implica entonces que el Concesionario, profesional en materia de recaudo, deba efectuar la búsqueda de recursos, procedimientos y mecanismos que puedan controlar potencialmente el efecto de la evasión en el sistema, analizar su viabilidad e incorporarlos al Sistema para controlar así la evasión.
5. En párrafos anteriores, el Tribunal se refirió a que, si bien el riesgo de evasión física no se encontraba a cargo del Concesionario sino de Transmilenio, en el contrato existían obligaciones que imponían a Recaudo Bogotá deberes de control sobre dicha evasión física, dentro de las cuales se enunció la obligación de la que se ocupa actualmente el Tribunal. Por supuesto, como quedó explicado en el acápite que analiza el alcance de las obligaciones de "control" de la evasión física a cargo del Personal Operativo, el ámbito de acción del susodicho Personal Operativo no permite exigir de ellos acciones con la connotación de represión o disuasión de la evasión física, por lo que el Concesionario solo podría a través del Personal Operativo controlarla en el sentido de dar cuenta de ella, registrarla, reportarla. Entonces, respecto de la obligación del Concesionario de incorporar recursos, procedimientos y mecanismos, se verá a continuación el alcance correspondiente de la obligación.
6. En principio, en una lectura desprevenida de la cláusula que se alega incumplida sería posible suponer de manera ligera que, al contemplarse una lista de fuentes de fraude vinculadas con la evasión tecnológica, su alcance -el de la cláusula- estaría limitado exclusivamente a este tipo de evasión. El Tribunal comparte parcialmente esta apreciación, pues en efecto, los supuestos incluidos dentro de la cláusula se refieren a obligaciones particulares de control del riesgo de evasión

tecnológica asumido por el Concesionario; sin embargo, debe tenerse en cuenta que esta estipulación alude a que dichas obligaciones son solo descritas a "título meramente enunciativo y no taxativo", lo que abre la puerta a que puedan considerarse otro tipo de fuentes de fraude (contempladas o no bajo el riesgo asumido por el Concesionario).

7. Según el artículo 1603 del Código Civil, en virtud del principio de la buena fe contractual, el Concesionario está obligado no solo a lo que se expresa literalmente en el Contrato sino a todo aquello que emana de la naturaleza de sus obligaciones o que por ley le pertenezcan a ellas. En el caso en concreto, el Concesionario tiene la obligación de recaudar los pagos derivados del ingreso al Sistema, por lo que el control de las circunstancias que rodean y que inciden en los recursos, equipos, aplicativos, licencias, infraestructura, entre otros, relacionados con la operación de la actividad de recaudo, es connatural de sus obligaciones como Concesionario.
8. Observa el Tribunal en relación con la obligación de *"incorporar los recursos, procedimientos y mecanismos para el control del fraude"* dos aspectos que vale la pena resaltar para abordar su adecuado entendimiento: (i) dicha obligación aparece en un texto que si bien está dentro de la cláusula 20.17, no corresponde a la enumeración de mínimos de responsabilidad que el propio numeral 20.17 enuncia respecto del riesgo comercial asumido por el Concesionario y del cual se hace una lista enunciativa correspondiente principalmente a los efectos económicos que corresponden a eventos atados al mismo riesgo comercial que la operación del recaudo comporta (evasión por deficiencias del subsistema de recaudo, fraude por carga ilegal de TISC, pérdida de información o valores, faltantes de dinero, retrasos en la consignación del dinero recaudado entre otros) y (ii) en realidad, la obligación a la que se refiere el Tribunal ahora -la de incorporar recursos, procedimientos y mecanismos-, está en un texto complementario al numeral 20.17, ubicado al final del mismo; entonces se trata de una obligación general relativa al riesgo de evasión "en cualquier punto de las estaciones", riesgo que incluye fuentes internas o externas de fraude, según el propio texto, y del que se hace otra enumeración ilustrativa de eventos vinculados

al recaudo; en lo tecnológico (recarga; desautorizadas de TISC o creación de TISC ilegales) o simplemente en lo operacional (hurto de TISC bajo custodia del Concesionario, apropiación del efectivo recaudado por el Concesionario, etc.)

9. Entonces, ubicado así el análisis que el Tribunal hará respecto de la obligación de “incorporar” procedimientos, recursos y mecanismos para el control del fraude, se hace necesario señalar que en relación con la evasión (tecnológica y física), el Concesionario desplegará, por virtud de este párrafo final del numeral 20.17, acciones que *agreguen a lo existente*, bien sea al Subsistema de recaudo *en lo tecnológico o en lo físico que por su naturaleza impacta la actividad de recaudo*, sin que pueda entenderse que corresponde al Concesionario, al menos por virtud de esta estipulación, la sustitución, reemplazo o cambio de los elementos existentes y que fueron objeto de su modelo de inversión para asumir la concesión, sino simplemente la incorporación a los mismos de “recursos, procedimientos o mecanismos para el control del fraude” como claramente lo señala la estipulación analizada. Ese es el sentido consecuente, además, con el uso no casual del vocablo “incorporar” que de acuerdo con la primera acepción del Diccionario de la Real Academia Española, significa unir una persona o una cosa a otra u otras para que haga un todo con ellas⁷⁸.

10. Así, dada la naturaleza del Contrato, y sobre todo de los compromisos que tiene a su cargo Recaudo Bogotá, es evidente que este Concesionario asumió no solo obligaciones frente al control de la evasión tecnológica -como se ha reiterado en el trámite- sino también, frente a la evasión física producida en las Barreras de Control de Acceso, equipos que hacen parte de la operación de la Concesión y que, por ende, pueden ser gestionados de mejor manera por un experto en la materia como es el propio recaudador, quedando sí excluida, como ya se dijo, la obligación de reprimir, sancionar o ejercer acciones coercitivas por parte del Personal Operativo hacia los usuarios, por las razones que ya se esgrimieron. Se reitera, el

⁷⁸ En el mismo sentido el Diccionario de Sinónimos y Antónimos de María Moliner, enumera como vocablos sinónimos de “incorporar”: agregar, añadir, adjuntar, juntar, unir, anexionar e incluir; todos los cuales presuponen la existencia de algo previo a lo que lo otro se incorpora.

hecho de que no haber asumido el riesgo de evasión física, no excluye que tenga a su cargo obligaciones con impacto sobre la susodicha evasión física.

11. Considerando entonces la responsabilidad que tiene el Concesionario frente a la infraestructura y equipos que opera, y que dentro de las fuentes de fraude pueden incluirse otras diferentes a las apenas enunciadas en la estipulación contractual, para el Tribunal, el inciso de la cláusula 20.17 citado contiene una obligación exigible no solo en materia de evasión tecnológica sino también en lo que se refiere a evasión física, lo cual emana precisamente de la naturaleza de la obligación de recaudar los pagos, en cuanto ese fenómeno de la evasión física impacta el sistema de recaudo y, específicamente, la efectividad del mismo, la cual es responsabilidad del Concesionario. Esta apreciación debe leerse partiendo de que se trata de una obligación orientada al control o mitigación de un riesgo que no fue asumido por el Concesionario (evasión física), lo cual no obsta para que ejecute la obligación asumida, sin que de ello se desprenda un traslado de dicho riesgo a Recaudo Bogotá. Pero la obligación le es vinculante con todos los efectos legales y contractuales, incluso los derivados de su eventual incumplimiento.

12. Ahora bien, en lo que respecta al análisis de fondo del alcance de la obligación, encuentra el Tribunal que la prestación debida por el Concesionario en la cláusula 20.17 es una obligación que implica adicionar a las estrategias e instrumentos existentes para el control de la evasión otros “mecanismos, recursos o procedimientos” que contribuyan a dicho objetivo. En este entendido, se trata también de una obligación de medio, concepto frente al cual el Tribunal se acoge a las consideraciones teóricas expuestas en el capítulo correspondiente a la obligación sobre la disponibilidad del Personal Operativo. A partir de los presupuestos ya explicados, es claro que la planeación e incorporación de estas nuevas herramientas puede no tener como resultado cierto el control del fraude, pues en medio de esta causa y este resultado, se encuentra el azar o acaso que constituye la inexistencia de “mecanismos, recursos y procedimientos” adecuados, y la presencia constante de evasores en el Sistema, circunstancias estas que podrían hacer inane el objeto último de la incorporación de las medidas, que no es otro sino el control de la evasión.

13. Dicho lo anterior, corresponde entonces verificar si se acreditó la aplicación de la diligencia exigible al Concesionario frente a la incorporación de estos recursos, procedimientos y mecanismos.
14. Sobre la adopción de medidas destinadas al control de la evasión física, el representante legal de Recaudo Bogotá se refirió a algunas “medidas de colaboración” adoptadas por el Concesionario para la mitigación de la evasión física, dentro de las cuales se encuentran incentivar el pago en los usuarios del Sistema, cambio de torniquetes de conteo de salida, y propuestas sobre la estructura de las BCA. El señor Cancela indicó:

“DR. ESTRADA: Que le señale al Tribunal presidente, en el contexto del concepto de evasión que él ha dado en su respuesta inicial, cuáles son las acciones que ha desplegado la compañía para enfrentar?”

DR. CHALELA: Adelante doctor Cancela.

SR. CANCELA: La compañía Recaudo Bogotá **ha desarrollado en el aspecto tecnológico, es decir, en la evasión tecnológica, pero también incluso en el aspecto de la evasión física,** colaborando, no porque sea una obligación contractual sino porque entendemos que es un problema del sistema y en la medida que podamos vamos a colaborar, en lo que se refiere a medidas tecnológicas muchas, por ejemplo, **mecanismos para identificar patrones de uso inusuales en las tarjetas del sistema y cuando se detectan esos patrones bloquear las tarjetas correspondientes, implementación de reglas descriptivas,** por ejemplo, que una persona que se sube en un paradero determinado dentro de una ventana de tiempo no pueda hacer uso de la tarjeta en sentido contrario, tratando de aprovechar la venta de transbordo, de transbordo de costo 0 o de costo reducido.

Hemos hecho también medidas de tipo disuasorias o digamos incentivadoras de pagos, incluso por fuera de las obligaciones contractuales también, como por ejemplo, nosotros desde muy al principio a parte del crédito al usuario diario que existe, que permite a un usuario que no tenga recarga en la tarjeta acceder un día determinado al sistema y recargar, compensar ese uso posteriormente, aparte de eso que sí es contractual, hemos hecho cosas como por ejemplo la tarjeta... bancaria, que es la aplicación de transporte insertada en una tarjeta débito o crédito bancario y que vincula el uso de transporte con la cuenta del usuario y por lo tanto le permite también, hacer uso del transporte a crédito, incluso con mayor número de viajes que el crédito que permite la tarjeta personalizada.

(...)

En cuanto a medidas adicionales sobre la evasión física, que como digo, no nos corresponde contractualmente, pero que en ánimo de colaborar y mitigar nosotros hemos implementado, hemos hecho cosas como desde atender la petición de Transmilenio de que llamemos la atención a los usuarios que intentan colarse con el personal de las estaciones, y que como digo, nos ha costado cerca de 900 incidentes de accidentes de trabajo, con un total, creo que son, en el entorno de 7 mil días de incapacidad acumulados a la fecha, causados por esos incidentes, hemos hecho cosas como por ejemplo, hacer pilotos a nuestro costo de tecnologías nuevas y colaborando, por ejemplo, con la consultoría que contrató Transmilenio para determinar qué tipos de barreras podían funcionar mejor para evitar evasión.

Por ejemplo, también apoyar las iniciativas que ha habido respecto de torniquetes antievasión para los buses, todas esas son medidas que contractualmente no teníamos que hacer, pero que decidimos en su momento, en cada caso, ir apoyando para tratar de mitigar”.⁷⁹ (énfasis del tribunal)

“DR. CHALELA: El Tribunal considera que en la pregunta anterior el señor Cancela dijo que ha adoptado medidas para mitigar o para abordar el riesgo de evasión, entonces lo que le está pregunta el apoderado es qué medidas ha adoptado y me parece que procede y que responda, respecto a qué medidas ha adoptado para el riesgo de la evasión.

(...)

SR. CANCELA: Procedo a responder, yo creo que son varias el tipo de medidas en la colaboración para mitigar la evasión física, una de ella la he mencionado también anteriormente que es el dirigirse hacia los usuarios para incentivar el pago y no la evasión con los funcionarios que está operando en las estaciones, otras medidas que se han implementado ha sido colaborar con los operadores de flota para realizar cambios o mejorar a los torniquetes de entrada a los buses, otra de las medidas que se han tomado ha sido de forma voluntaria también cambiar los torniquetes de conteo de salida en estaciones para tener flujos más rápidos y así evitar que se produzcan aglomeraciones que son proclives a que la gente aproveche y se salte un acceso de salida como entrada evadiendo. Otras medidas ha sido proponer pilotos de infraestructura para mitigar evasión, como super estructuras encima de los torniquetes que dificulten el salto por encima del torniquete y otras medidas que se han tomado, ha sido proponer pilotos para cambiar la tipología de las barreras por barreras como las que propuso Transconsult en estaciones piloto como la de Universidad, perdón no recuerdo el nombre ahora mismo, pero hemos implementado un piloto de estación con una tipología distinta de barreras que hipotéticamente contribuiría a mitigar la

⁷⁹ Transcripción Declaración de Parte del señor Javier Cancela, f. 4 - 5

evasión, ese es el tipo de cosas que se han realizado desde Recaudo Bogotá.”⁸⁰

15. El testigo Jerson Carrillo manifestó lo siguiente cuando el apoderado de Transmilenio le preguntó sobre las medidas de control de evasión implementadas por el Concesionario:

“DR. GUTIÉRREZ: Perfecto, Jerzon teniendo en cuenta esa multiplicidad de actividades de innovación para controlar la evasión del sistema, usted conoce si Recaudo Bogotá ha implementado o ejercido alguna actividad de las que usted menciona para realizar el control de evasión, el del control de evasiones en estaciones y portales del sistema?”

SR. CARRILLO: Sí, sólo el último que fue poner la cámara que efectivamente fue un piloto que hicimos con Recaudo Bogotá en la estación si no estoy mal san mateo de Soacha, en ese piloto efectivamente es que salió la conclusión que les digo, las personas se sienten intimidadas, las personas al momento de verse ahí que la están mostrando pues no sabemos si efectivamente se van a colar o no pero se disminuye las personas como que ven que están ahí en ese momento pasando y las están grabando y si mejora sustancialmente el número de validaciones.”⁸¹

16. Adicionalmente, en el acervo probatorio obran algunas comunicaciones remitidas por el Concesionario a Transmilenio en las que, en el marco del proceso administrativo sancionatorio No. 43, Recaudo Bogotá presentó un “Plan de acción para robustecer el apoyo a Transmilenio, las autoridades distritales y la Policía Nacional en el control de la evasión originada en acciones y proceder de los usuarios del sistema (...)”. La propuesta presentada el 17 de diciembre de 2018, tenía por objeto mejorar el apoyo que hasta entonces había prestado el Concesionario a Transmilenio y a la Policía Nacional en las tareas de control de la evasión física. Comprendió dos pilares fundamentales, la masificación de campañas de fiscalización con dispositivos y tecnología provista por Recaudo Bogotá y en conjunto con la Policía Nacional, y mayor presencia de personal del Concesionario en las Barreras del Sistema, equivalente al 20% más, para que, *“sin descuidar las actividades propias a su cargo, la presencia institucional siga*

⁸⁰ Transcripción Interrogatorio de Parte del señor Javier Cancela, f. 34

⁸¹ Transcripción Testimonio del señor Jerson Carrillo, f. 130.

*teniendo un efecto disuasorio y pedagógico*⁸². En virtud del mismo proceso sancionatorio, el 27 de diciembre de 2018 mediante comunicación Rad. 2018ER38946 el Concesionario Recaudo Bogotá remitió a Transmilenio el desarrollo de la propuesta presentada al Ente Gestor sobre la implementación de una aplicación móvil (TuSaldo) para dispositivos Android con tecnología NFC (*Near Field Communication*) para el control de la evasión y una plataforma web para consulta⁸³.

17. De lo expuesto se puede inferir que Recaudo Bogotá ha adoptado diversas medidas para controlar la *evasión* en el Sistema, principalmente de naturaleza *tecnológica*. En lo que se refiere a incorporar recursos, mecanismos o procedimientos orientados al control de la *evasión física*, el Tribunal encuentra que existen incitativas propias de Recaudo Bogotá frente a esta tipología de evasión y además, que su actuar se ha dirigido fundamentalmente a servir de apoyo en iniciativas del Ente Gestor que exigen su colaboración para ser implementadas, como por ejemplo, los Pilotos Anti – Evasión estructurados por esta entidad, no obstante lo cual, es necesario detenerse en lo que atañe al cumplimiento de la obligación de incorporar recursos, mecanismos y procedimientos (Cl 20.17. en lo que tiene que ver con las BCA).

18. Entonces, con lo anterior, se entendería acreditada la diligencia exigida al Concesionario Recaudo Bogotá frente al cumplimiento de la obligación aludida en la cláusula 20.17. de manera general en lo que se refiere a aspectos y elementos del subsistema de recaudo, diferentes a las BCA que serán objeto de análisis en el capítulo que sigue. En efecto, en lo que atañe a las BCA, el Tribunal se detendrá para analizar el cumplimiento de la obligación consignada en la Cl 20.17 (también aplicable a la evasión física), así como a verificar el cumplimiento de aspectos como la actualización (Cl 16.3. 16.34.) y modificación de los parámetros técnicos de las mismas BCA.

⁸² CD Principal No. 2. Anexos Contestación de la reconvención, folio 181 prueba 29, 8.1.50. Rad. 2018ER37863

⁸³ Ibid., Prueba 30, 8.1.51. Rad. 2018ER378946.

iii. **La responsabilidad sobre la infraestructura: los parámetros técnicos “mínimos” de las BCA⁸⁴, su actualización y la incorporación de recursos a las BCA**

19. Tal como fue expuesto, la obligación de “incorporar recursos, procedimientos y mecanismos para el control de la evasión” a cargo del concesionario Recaudo Bogotá, es una obligación cuyo alcance aborda múltiples herramientas que pueden ser adoptadas por el contratista para controlar incluso la *evasión física* en el Sistema. Sin embargo, a lo largo de este trámite ha resaltado un debate particular frente a la incorporación de uno de los principales elementos de la infraestructura destinada al recaudo en estaciones: las barreras de control de acceso o BCA.
20. La discusión, de un lado, se ha enfocado en el cumplimiento por parte del Concesionario de las condiciones *mínimas* exigidas en el Contrato de Concesión, y del otro, en la posibilidad de que éste realice la actualización o mejora de las especificaciones técnicas contempladas contractualmente para las BCA o como un recurso, mecanismo o procedimiento incorporado y necesario para controlar la evasión física en el Sistema de recaudo.
21. En efecto, la convocante Recaudo Bogotá ha insistido en que *“cumplió con lo exigido en el contrato e instaló los torniquetes (Barreras de Control de Acceso - BCA) en las estaciones y portales del Sistema Integrado de Transporte de acuerdo con todas las especificaciones técnicas establecidas de manera absolutamente detallada por el propio Transmilenio en el Contrato de Concesión 001 de 2011”⁸⁵*. Así mismo, ha señalado que, en cumplimiento de sus obligaciones contractuales, ha efectuado importantes inversiones para la adquisición de las barreras de control de acceso, las cuales *“operan en debida forma”⁸⁶*, evitando así la evasión tecnológica por fallas técnicas en este equipo. La convocante considera que si lo que pretende Transmilenio es realizar modificaciones a los parámetros de las

⁸⁴ “1.9. Barreras de Control de Acceso Las barreras de control de acceso son dispositivos electromecánicos que se encargan de restringir el acceso de los pasajeros a los buses o estaciones. El validador permite la liberación de la barrera en función de la validación del medio de pago.”

⁸⁵ Alegatos de conclusión de Recaudo Bogotá, f. 117.

⁸⁶ Demanda Reformada, f. 142.

BCA, el Concesionario está dispuesto a iniciar negociaciones para tal finalidad sin embargo, si lo que busca el Ente Gestor es reemplazar totalmente las BCA existentes y recibidas a satisfacción, por otras con características técnicas diferentes sin reconocer la respectiva remuneración *“ello no sólo constituiría un contrasentido por pretender endilgarle al Concesionario las consecuencias de la falta de planeación de la administración (...) sino que resultaría absolutamente desproporcionado y constituiría sin lugar a dudas un grave desequilibrio de las condiciones económicas iniciales del Contrato”*⁸⁷

22. La convocada por su parte, ha reiterado que las especificaciones técnicas contempladas en el Anexo No. 2 del Contrato de Concesión son referentes que representan *“expectativas técnicas y funcionales del SIRCI basadas en las condiciones y tecnologías de mercado propias del momento de la Licitación 003 de 2011”*, y que dichas especificaciones pueden ser superadas o mejoradas en el transcurso de la ejecución contractual considerando avances técnicos y nuevas tecnologías⁸⁸. En este sentido, dice la convocada, ya que los parámetros técnicos de las barreras constituyen expectativas mínimas de los equipos, corresponde al Concesionario *“implementar ajustes y/o soluciones técnicas para que las Barreras de Control de Acceso – BCA provistas para el Sistema, además de permitir la validación del medio de pago, sean eficientes para mitigar los efectos del Fraude”*⁸⁹. Adicionalmente, indica que la aprobación que en su momento hiciera Transmilenio sobre las BCA instaladas, de ninguna manera implica un traslado de responsabilidad al Ente Gestor, pues es el Concesionario el único responsable de garantizar que los sistemas propuestos para el recaudo no solo cumplan con los mínimos técnicos establecidos sino que permitan controlar eficientemente el fraude en el Sistema. Correspondiendo entonces al Concesionario la responsabilidad sobre la provisión y operación de una u otra tipología de Barrera de Control de Acceso – BCA y además, el control del fraude, la Convocada manifiesta que el Concesionario *“debe incorporar los recursos, procedimientos y*

⁸⁷ Alegatos de conclusión de Recaudo Bogotá. f. 117

⁸⁸ Contestación de la Demanda Reformada, f. 48.

⁸⁹ Contestación de la Demanda Reformada, f. 49.

*MECANISMOS suficientes y eficientes para garantizar, entre otros, el control efectivo del Fraude en el Sistema en los términos y alcances contractuales*⁹⁰.

23. Reseñadas las posiciones que han expuesto las partes en el trámite, el Tribunal encuentra que son dos los asuntos relevantes en torno a la obligación de la que se ocupa en este capítulo, y que una vez desarrollados, llevarán a determinar si la convocante cumplió o no con la prestación que le fue asignada en el Contrato. El primero de ellos consiste en determinar si en efecto, la convocante Recaudo Bogotá cumplió con las especificaciones técnicas exigidas contractualmente para la instalación de las BCA en estaciones y portales del Sistema. El segundo, tendrá como objeto definir si dentro de las obligaciones que asumió Recaudo Bogotá se encuentra incluida la actualización o mejora de los parámetros técnicos que exige la concesión para la implementación de las BCA aludidas.
24. Para empezar, la obligación de instalar estas barreras de control de acceso BCA, tiene fundamento en la cláusula 20, numeral 20.7. del Contrato, según la cual corresponde al Concesionario *“[e]ntregar las funcionalidades que permitan llevar a cabo el control de los ingresos, salidas y trasbordos de los usuarios del sistema y adoptar los mecanismos necesarios para que el control sea eficiente”*. Esta obligación impone al Concesionario proporcionar las “funcionalidades” entendidas como equipos o implementos necesarios para efectuar el control de los ingresos, salidas y trasbordos de los usuarios del Sistema.
25. Uno de los mecanismos que evidentemente posibilita al Concesionario dar cumplimiento a esta obligación son las BCA, elemento que según la definición del numeral 1.9. del Contrato de Concesión son *“dispositivos electromecánicos que se encargan de restringir el acceso de los pasajeros a los buses o estaciones. El validador permite la liberación de la barrera en función de la validación del medio de pago”*⁹¹. Como puede extraerse de la definición citada, estas barreras

⁹⁰ Demanda de Reconvención Reformada, f. 73.

⁹¹ Sobre esta definición y el rol que juegan las BCA en el sistema, el testigo Barbosa respondió en los siguientes términos a la pregunta realizada por el apoderado de la parte convocante:
“DR. ESTRADA: Podría precisarle un poco al panel arbitral ese dispositivo en qué consiste, dónde está ubicado y cuáles pueden ser las principales patologías o fallas que se le presentan?”

tienen como función principal restringir el acceso de usuarios previo a la validación del pago del pasaje, de lo cual se deduce que también constituyen un elemento esencial para el control de la evasión, sea por medios tecnológicos o físicos, siendo estas barreras la única forma legítima de ingresar al Sistema y hacer uso del servicio.

26. La instalación de las BCA es una obligación contractual a cargo del Concesionario, pues estos elementos están comprendidos dentro de los *equipos o dispositivos* que hacen parte del SIRCI -objeto del Contrato de Concesión- de conformidad con lo establecido en la cláusula 16.3 y el numeral 4.21. *“Definición de las características y condiciones de los dispositivos para estaciones/portales, demás infraestructura y equipamientos para integración de modos y buses”*. del Anexo Técnico 2. El texto de la cláusula 16.3. es el que sigue:

“16.3 Suministrar la totalidad de equipos y plataforma tecnológica necesarios para la implementación del sistema integrado de recaudo, control e información y servicio al usuario - SIRCI. Así mismo, deberá renovarse la tecnología de los subsistemas de recaudo, de control de flota y de integración tecnológica, cuando ello sea necesario en aras de dar cumplimiento a los niveles de servicio establecidos, independientemente de la antigüedad de los equipos.”

Esta referencia a la plataforma tecnológica y equipos se completa con lo señalado en el Anexo Técnico No. 2.

27. En efecto, el Anexo Técnico No. 2 del Contrato, cuyo objeto comprende *“describir los requerimientos de la plataforma tecnológica para el Sistema Integrado de Recaudo Control e Información y Servicio al Usuario SIRCI”*⁹², establece las especificaciones técnicas particulares que deben cumplir las BCA instaladas, tanto a bordo de los buses zonales y buses que tengan integración virtual, como

SR. BARBOSA: *Si las barreras de control de acceso son dispositivos que están ubicados en las estaciones del sistema digamos que en cada cabecera y que separan la zona paga de la zona no paga, esas barreras de control de acceso tienen un lector donde la persona con su tarjeta acerca la tarjeta y a ese lector y de acuerdo al saldo le permite el ingreso a zona paga (...)*”. Transcripción Testimonio del señor Enrique Barbosa, f. 88

⁹² DVD pruebas No. 1 Anexos con la Demanda Inicial Folio 11. Prueba 1. Contrato de Concesión No. 001 de 2011. Anexo Técnico No. 2. Especificaciones técnico-operativas y de puesta en funcionamiento del SIRCI, f. 8

en las estaciones y portales. En cuanto a estas últimas, que son objeto de la actual controversia, las especificaciones técnicas establecidas en el Anexo Técnico No. 2 son las siguientes:

“4.21.1. Barreras de control de acceso

Se contemplan varios tipos de barreras de control de acceso, las de estaciones, las de infraestructura, de integración virtual y las posicionadas a bordo de los buses zonales.

4.21.1.1. Características generales para las estaciones

(a) Diseñadas para uso pesado y para el acceso masivo de personas. Resistentes a la abrasión, polvo, vibración y a las condiciones ambientales de operación para la ciudad de Bogotá, considerando como mínimo:

- Temperatura de funcionamiento: Entre 0 ° C y 50 ° C.
- Humedad: 15% al 90% sin condensación.
- Índice de protección (polvo y líquido): IP 54.
- Contador electromecánico con capacidad de lectura desde el exterior del gabinete de la barrera para registrar la salida de los usuarios.

(b) Carcasa en acero inoxidable AISI 304 de 1.5 mm de espesor como mínimo, de preferencia lijado longitudinalmente en la cara exterior.

(c) Tres (3) brazos (torniquete) y fabricadas en acero inoxidable AISI 304 con diámetro mínimo de 35 mm. con puntas redondeadas. **Sin perjuicio de lo anterior, el CONCESIONARIO podrá presentar, de manera opcional, otros mecanismos que funjan como barreras de control de acceso, para aprobación de TRANSMILENIO S.A. los cuales deberán cumplir los mínimos establecidos y demostrar que cuentan con las características técnicas, operativas y funcionales iguales o superiores a los requeridos en este anexo.**

(d) La estructura del mueble deberá garantizar la rigidez del equipo mediante la utilización de una estructura principal metálica, la cual deberá fijarse al piso por lo menos mediante cuatro (4) tornillos o pernos, con tratamiento para el óxido. (e) La barrera de control de acceso deberá permitir el reemplazo rápido de un módulo en caso de daños, golpes, etc. sin que sea necesario reemplazarla completamente. De igual forma se deberá prever las actividades de mantenimiento, reparación, o sustitución de los elementos que la componen.

(f) Deberá responder a un diseño ergonómico, sin elementos que pueda causar daño a los usuarios. Igualmente deberán contar con bisagras y cerraduras para las puertas disimuladas o escondidas con una sola llave maestra.

(g) La barrera de control de acceso deberá tener una capacidad para manejar un flujo mínimo de treinta (30) usuarios por minuto, medidos en ambiente controlado.

(h) En el caso personas en situación de discapacidad y personal de servicio en estaciones y portales, se deberán contemplar puertas para el acceso abatibles en la dirección de uso, en vez de torniquete, las cuales estarán integradas dos (2) equipos de validación del medio de pago, uno en el sentido de entrada y el otro en el sentido de salida, los que permitirán desbloquearla en operación normal. También contarán con un sistema de desbloqueo en la dirección de salida en caso de emergencia. La puerta deberá tener un ángulo de apertura de 90° como mínimo, con un mecanismo de cierre automático inmediato después de cada uso. Igualmente, deberá contar con un mecanismo visual y sonoro al momento de su apertura. La disposición de estas barreras de control dependerá del diseño arquitectónico.

(i) Las barreras de control de acceso deberán contar con pictogramas de aproximación, de tecnología LED's (o similar) de color verde o rojo que sean visibles a lo menos a diez (10) metros de distancia, con una dimensión mínima de ochenta por ochenta (80 x 80) milímetros. Éstas deben permitir al pasajero identificar el estado de cada torniquete e informarle al usuario si está operando en el sentido en que el pasajero se aproxima. Las barreras de control de acceso deberán estar provistas de Indicadores que orientarán al usuario sobre el resultado de la validación de su medio de pago.

Dichos indicadores serán:

- a. Uno de tipo luminoso de alta visibilidad (rojo y verde), y
- b. Otro de tipo acústico programable tipo buzzer de alta sonoridad.

(j) Las barreras de control de acceso deberán estar provistas de un display que informe al usuario el resultado de la validación realizada, de tipo luminoso, ya sea -retro-iluminado u otra tecnología similar. Éste debe ser claramente visible bajo las diferentes condiciones de operación e iluminación existentes en los horarios de operación del SITP.

(k) En el caso que TRANSMILENIO S.A requiera implementar barreras móviles se deberá disponer de las condiciones técnicas necesarias para esta funcionalidad.”⁹³ (resaltado fuera de texto).

28. Las anteriores especificaciones técnicas definen los parámetros a seguir por el Concesionario frente a la instalación de las BCA en Estaciones del Sistema, los cuales incluyen una caracterización detallada del diseño y funcionalidades que deben contener estos equipos. Dentro de estos elementos, se encuentran exigencias vinculadas al “*uso pesado y acceso masivo de personas*”, la resistencia

⁹³ Ibid., f. 39.

de los materiales, las características de los torniquetes, muebles y puertas de acceso para personas con discapacidad, entre otras.

29. En este punto, es relevante traer a colación la introducción del Anexo Técnico ya referido (No. 2), en donde se consignó una aclaración fundamental sobre la obligatoriedad de los parámetros establecidos en dicho documento. Se acordó que, el Anexo Técnico No. 2 sería considerado como un referente obligatorio para quien decidiera participar en el proceso licitatorio a través del cual se concesionó el SIRCI, y para quien fuera escogido concesionario del Sistema. Adicionalmente, y aquí es donde realmente cobra relevancia esta aclaración, se señaló que en cuanto al contenido de este documento contractual, *"(...) el presente incluye sólo los mínimos y las expectativas técnicas y funcionales del SITP frente a su Sistema Integrado de Recaudo, Control de Flota y Sistema de Información y Servicio al Usuario, en las condiciones y tecnologías actuales en el Mercado, para lo cual estos mínimos pueden ser mejorados y superados con el transcurso del tiempo y en desarrollo del Sistema y de las nuevas tecnologías."*⁹⁴ (énfasis propio)
30. Considerando esta aclaración, entiende el Tribunal que los criterios consignados en el Anexo Técnico No. 2 son de obligatorio cumplimiento para el Concesionario Recaudo Bogotá, por lo que este debe atenerse a lo señalado en este documento para ejecutar el objeto contractual de la Concesión. Ahora, sin perjuicio de lo anterior, estos parámetros técnicos configuran una representación -obligatoria- de las expectativas técnicas y funcionales que tiene el SITP frente a su operación, y además son considerados *mínimos* que pueden ser *mejorados o superados* a partir del desarrollo de nuevas tecnologías o incluso la evolución del Sistema en el tiempo.
31. El primer aspecto sobre el cual debe pronunciarse el Tribunal, una vez señalado lo anterior, es el cumplimiento de las especificaciones técnicas que establece el Contrato de Concesión y particularmente el Anexo Técnico No. 2, respecto de las

⁹⁴ Ibid., f. 8

BCA instaladas en el Sistema de recaudo por Recaudo Bogotá. En efecto, encuentra el Tribunal que las especificaciones mínimas exigidas para la Concesión fueron cumplidas por el Concesionario, ya que, en efecto, Transmilenio recibió las barreras instaladas y con ello se dio inicio a la etapa de operación del Contrato, lo cual indica que la entidad contratante no tuvo reparo alguno frente al cumplimiento de los parámetros técnicos mínimos que debían cumplir las barreras. Esta afirmación es confirmada por el testigo Jerson Carrillo, quien en su declaración manifestó que las actuales barreras del Sistema cuentan con las especificaciones mínimas exigidas por el Contrato, pues de lo contrario no se encontrarían en funcionamiento:

“DR. ESTRADA: Le pregunto entonces Jerzon las barreras BCA que están hoy instaladas cumplen con los mínimos del anexo 2 que se les planteó a los licitantes en la licitación que concluyó con la adjudicación del contrato?”

SR. CARRILLO: **Sí señor, sí claro si no podrían estar instalados claro las condiciones mínimas se cumplen.**⁹⁵ (énfasis del Tribunal)

32. En el mismo sentido, se refirió la testigo Julia Rey, Subgerente Jurídica de Transmilenio:

“DR. ESTRADA: Pero digamos, obvio, no, jamás esperaría que usted le tocaría ir a medir la estación, doctora Julia, pero pregunto si de ese insumo que le han dado las otras áreas a alguien le ha reportado que esos torniquetes no cumplen con lo contractualmente convenido.

SRA. REY: **No, no me han reportado, entiendo que lo que se establece en el contrato de concesión son unos mínimos y entiendo que esos mínimos se cumplen.**

DR. ESTRADA: Sólo para precisión ¿quién definió esos mínimos?

SRA. REY: Entendería que en el marco de la licitación Transmilenio, no sabría quién personalmente, pero entiendo que eso está desde los pliegos de condiciones.”⁹⁶
(...)

“DR. ESTRADA: Doctora Julia, usted, si lo recuerda, le puede precisar al Tribunal entonces ¿cuál es el objeto de este contrato de concesión?”

⁹⁵ Transcripción Testimonio del señor Jerson Carrillo, f. 138.

⁹⁶ Transcripción Testimonio de la señora Julia Rey, f. 22.

SRA. REY: El objeto de este contrato de concesión es la operación de cuatro subsistemas porque es recaudo, información y comunicación y de hecho todo el componente de control de flota, en el marco de ese contrato de concesión por cuenta y riesgo del concesionario se debe hacer la operación de, en caso del subsistema de recaudo de todo lo que implica el ingreso al sistema, entendido esto como taquillas y torniquetes, el concesionario es adicionalmente responsable de la movilidad de platas en las estaciones, de recoger la plata de las estaciones, de trasladarla, de coordinar todo eso y también de mantener, en el contrato se establecían unos requerimientos mínimos a partir de esos requerimientos mínimos el contratista propuso unos torniquetes que cumplieran con esos requisitos mínimos y es hoy el responsable de la operación de esos torniquetes que funcione, lo mismo las puertas de acceso para personas en condición de discapacidad, ese es de cara al subsistema recaudo.⁹⁷ (Se enfatiza)

33. Dado que, se encuentra plenamente acreditado que el Concesionario instaló las BCA a su cargo, en cumplimiento de todas las especificaciones técnicas mínimas que contemplaba el Contrato de Concesión, y que por esta razón aquellas barreras son actualmente operativas, el Tribunal declarará la prosperidad de la **Pretensión Octava Principal** de la Demanda principal reformada.
34. Ahora bien, tal como fue enunciado, la obligación de instalar BCA en el Sistema tiene otra arista que debe ser analizada por el Tribunal, esto es, determinar: (i) si el Concesionario está obligado a mejorar o actualizar las especificaciones mínimas que exige el Contrato de Concesión (Cl. 16.3. 16.34.), (ii) si además debe incorporar a las BCA recursos, mecanismos o procedimientos para el control de la evasión física en el Sistema en los términos de la cláusula 20.17. y (iii) si aquellas mejoras o actualizaciones (Cl 16.3. 16.34.), o estas incorporaciones de la cláusula 20.17, deben ser realizadas por cuenta y a cargo del propio Concesionario.
35. En el Contrato fueron pactadas algunas cláusulas generales referidas a la obligación que tiene el Contratista de mejorar o actualizar la tecnología de los equipos utilizados en el Sistema de recaudo con el fin de mantener y dar cumplimiento a los niveles de servicio exigidos. Una de estas disposiciones es la cláusula 16.3 del contrato, según la cual, "(...) deberá renovarse la tecnología

⁹⁷ Ibid. f. 28

*de los subsistemas de recaudo, de control de flota y de integración tecnológica, cuando ello sea necesario en aras de dar cumplimiento a los niveles de servicio establecidos, independientemente de la antigüedad de los equipos.”. Aunado a la anterior cláusula, el numeral 16.34 del Contrato establece también que el concesionario deberá **[s]uministrar, implementar, mantener, actualizar a su costo** y efectuar todo lo necesario para la adecuada ejecución del contrato, durante el tiempo de duración de la Concesión.”.*

36. Como puede evidenciarse del texto de las anteriores cláusulas, estas imponen al Concesionario una obligación de alcance general, frente a la renovación o actualización de la tecnología utilizada en el Subsistema de Recaudo. En lo que se refiere a la actualización o mejora de las BCA exigidas contractualmente e instaladas por el Concesionario, el numeral 4.21.2.(c) del Anexo Técnico No. 2 establece que el Concesionario “*podrá*” presentar de manera opcional otros mecanismos que funjan como BCA para aprobación de Transmilenio, los cuales, en cualquier caso, deberán cumplir con los mínimos exigidos y con características iguales o superiores a las requeridas en el Anexo Técnico. Se cita en lo relevante la disposición aludida:

“Sin perjuicio de lo anterior, el CONCESIONARIO podrá presentar, de manera opcional, otros mecanismos que funjan como barreras de control de acceso, para aprobación de TRANSMILENIO S.A. los cuales deberán cumplir los mínimos establecidos y demostrar que cuentan con las características técnicas, operativas y funcionales iguales o superiores a los requeridos en este anexo.”

37. Adicionalmente, el numeral 1.3.5. del mismo Anexo Técnico No. 2 dispone:

“1.3.5. Tipología de los dispositivos que hacen parte de la plataforma tecnológica.

En el Anexo No. 2 se especifican los parámetros para estructurar la solución a cargo del CONCESIONARIO del SIRCI, no obstante, **el CONCESIONARIO podrá proponer cambios a lo requerido en este anexo, en el desarrollo de la concesión, siempre y cuando contemple todos los subsistemas del SIRCI, y dicha propuesta cumpla con la totalidad de las funcionalidades solicitadas en este Anexo. TRANSMILENIO S.A., sin perjuicio de lo anterior, podrá aceptar, rechazar, y/o solicitar modificaciones a los cambios que el CONCESIONARIO proponga.**

TRANSMILENIO S.A. será el responsable de autorizar por escrito cualquier modificación al SIRCI, propuesta por el CONCESIONARIO, siempre y cuando se demuestre el cumplimiento mínimo o mejoras reales a las especificaciones indicadas en el Plan de Implementación presentado por el CONCESIONARIO en su propuesta, buscando aumentar la eficiencia y eficacia de lo propuesto inicialmente. La autorización a la que se hace referencia en este numeral no implica un traslado de responsabilidades del concesionario al ente gestor. En cuanto a los costos asociados a los cambios, el CONCESIONARIO será quien los asuma" (énfasis del Tribunal)

38. El Concesionario tiene entonces la facultad de realizar intervenciones en las especificaciones técnicas exigidas en el Contrato para las BCA, sea a través de su actualización o del cambio de su estructura. Es decir, las obligaciones del Contrato, de un lado, le imponen al Concesionario el deber de actualizar o renovar los equipos que componen el Subsistema de recaudo. Las especificaciones técnicas, del otro, abren la posibilidad -como facultad- de que incluso además de mejorar especificaciones particulares, pueda cambiar las BCA por unas que, partiendo de las condiciones mínimas compatibles, se adecúen mejor a la función que deben realizar este tipo de barreras, es decir, que además de controlar el ingreso y la salida de usuarios, también sea un mecanismo de control efectivo de la evasión física. Estas modificaciones, en cualquier caso, estarán sometidas a la aprobación del Ente Gestor.
39. Sobre la definición del criterio especificaciones "mínimas" contemplado en el Anexo Técnico No. 2 del Contrato de Concesión, el testigo Jerson Carrillo señaló:

"DR. GUTIÉRREZ: Jerson quiero que precisemos sobre ese asunto, cuando usted se refiere a características mínimas a qué hace referencia?"

SR. CARRILLO: Son las características digamos estándar que se colocan por lo general en dispositivos electrónicos para cumplir algunas condiciones ambientales, me explico, por lo general y pues para ustedes que tiene un celular o algo así, por lo general tienen algunas condiciones que le dice que son resistentes al agua, que son resistentes a la lluvia, entonces ese tipo de características mínimas se establecen en el contrato puesto que son equipos que van a estar a la intemperie, deberán responder a ese tipo de situaciones entonces hay algunas características mínimas como el material, que no tengan unos bordes filosos porque pueden llegar a lastimar una persona, que cumplan unas condiciones de pasos mínimos por minuto del número de personas eso es para permitir un buen nivel de servicio, entre otras.

Pero son unas características mínimas, no propiamente dichas marcas, ni forma del dispositivo, sino algunas características técnicas que debe cumplir el equipo al momento de estar instalado.

DR. GUTIÉRREZ: Jerzon esas características mínimas a que usted hace referencia, pueden ser superiores o diferentes o pueden ser adecuadas por Recaudo Bogotá en su condición de concesionario?

SR. CARRILLO: Sí absolutamente, de hecho es parte de las discusiones que se tienen recurrentemente respecto a este tema, donde existen diversas posibilidades de colocar aditamentos, de colocar dispositivos adicionales, de cambiar las barreras en el mercado hay digamos muy amplia variedad de barreras de control de acceso que pueden ser colocadas para diferentes contextos, entonces un poco está en revisar que existe en el mercado y probar efectivamente cuáles de éstas podrían llegar a ser de mejor desempeño respecto a la evasión en Bogotá.⁹⁸ (énfasis del Tribunal)

40. La testigo Julia Rey también se pronunció al respecto, indicando que la modificación de las BCA y sus especificaciones técnicas según el Contrato es posible en la medida en que exista una concertación entre las partes del Contrato; también considera que estas especificaciones pueden ser mejoradas a través de la implementación de elementos que aún siendo diferentes a las BCA estipuladas contractualmente conserven y cumplan con mínimos exigidos:

“DR. GUTIÉRREZ: ¿Doctora Julia usted como subgerente jurídica conoce si Recaudo Bogotá tiene la facultad para modificar esas condiciones, como usted la llama, mínimas?”

SRA. REY: Yo entendería, de común acuerdo pudiéramos, en gracia a discusión modificar esas condiciones mínimas, pero no tiene la facultad de modificar esas condiciones mínimas, podría proponer algo como los torniquetes mariposa que estamos viendo en el componente zonal, en donde igual se cumple con esos requisitos mínimos, y no se cambia, no se hace necesario un otrosí al contrato, entonces, en ese sentido no tiene cómo cambiar los requisitos mínimos, pero como le estamos evidenciando en el componente zonal, hay un espacio para que se hagan propuestas alternativas que sigan cumpliendo con estos requisitos”. (Se enfatiza)

41. Para el Tribunal, considerando lo señalado en el Contrato y lo expuesto por los testigos citados, la posibilidad de mejorar, modificar e incluso presentar

⁹⁸ Transcripción Testimonio del señor Jerzon Carrillo, f. 130.

alternativas diferentes a las BCA exigidas contractualmente es compatible con lo señalado en la introducción del Anexo Técnico No. 2, en donde se estableció que las especificaciones técnicas de este documento constituían solo mínimos que *“pueden ser mejorados y superados con el transcurso del tiempo y en desarrollo del Sistema y de las nuevas tecnologías.”* Al referirse el Anexo Técnico a la posibilidad de que el Concesionario mejore o supere los parámetros *mínimos* establecidos para las especificaciones técnicas, es claro que estos mínimos son entendidos como un “límite inferior”, según el cual, el Concesionario no puede ejecutar *menos* pero sí más de lo exigido como especificación técnica. Dicho de otro modo, incumple si ejecuta menos de las especificaciones mínimas, pero no si se queda en ellas o no ejerce la facultad de cambiar o mejorar los elementos que proporcionó en cumplimiento de las especificaciones mínimas. Ahora bien, otra cosa es la actualización que, como se desprende de las cláusulas 16.3 y 16.34. le es exigible al Concesionario.

42. Partiendo de lo anterior, debe tenerse en cuenta que el incumplimiento del Concesionario que alega la Convocante en reconvención no se predica propiamente de la actualización, por un lado, o cambio de barreras, sino de la obligación de incorporar *“los recursos, procedimientos y mecanismos suficientes y eficientes para garantizar, entre otros, el control efectivo del Fraude en el Sistema”*, categoría dentro de la cual se enmarca la mejora de la tecnología o alcance de estos equipos (las BCA) por incorporación o adición a los mismos de recursos, procedimientos y mecanismos.
43. La obligación que se alega incumplida, como se explicó en el capítulo anterior, compromete adicionar, añadir, o en los términos del propio numeral 20.17, incorporar determinadas herramientas al Subsistema de recaudo actual. De otra parte, en cambio, respecto de las estipulaciones que contemplan la renovación de la tecnología del Subsistema (Cl 16.3 y 16.34), sí resulta evidente que pueden implicar el reemplazo o sustitución (renovar o actualizar) de elementos.
44. Ahora, también la obligación de incorporar recursos, mecanismos y procedimientos corresponde a una de las que puede afiliarse a la categoría *“de*

medio", en tanto su eventual resultado -el control de la evasión física- está sometido a la existencia de factores externos ajenos al Concesionario. Ante la existencia de este *acaso*, es improbable exigir al Concesionario que los recursos, procedimientos y mecanismos que fueren adoptados deban inexorablemente dar como resultado el control efectivo de la evasión.

45. Dicho esto, considera el Tribunal que las BCA, entendidas como un *dispositivo* electromecánico encargado de restringir el acceso de los pasajeros a estaciones⁹⁹, son un elemento fundamental en el *control* de la evasión física del sistema¹⁰⁰, por tanto, son susceptibles de la incorporación de elementos tales como recursos, procedimientos y/o mecanismos (cláusula 20.17). Es así como la obligación del Concesionario frente a las BCA no puede limitarse exclusivamente a su mantenimiento ordinario, pues su operación implica también responder a las nuevas exigencias del servicio y a las novedades que en materia tecnológica puedan hacer más eficiente su prestación. Sin embargo, tratándose las BCA de un elemento tan estrechamente vinculado al fenómeno de evasión física -por oposición al de la evasión tecnológica-, el alcance de la obligación establecida en la cláusula 20.17 deberá discernir el hecho establecido ya por este Tribunal de que el riesgo de evasión física no le fue asignado al Concesionario Recaudo Bogotá, de cuya implicación en los costos de la incorporación a las BCA de recursos, procedimientos y mecanismos para evitar la evasión física, se ocupa el Tribunal más adelante en este mismo Laudo.
46. Esta incorporación de recursos, procedimientos y mecanismos, como es obvio no implica el control definitivo de un fenómeno estructural como la evasión, sin embargo, en el marco del un actuar diligente y regido por las obligaciones del Contrato, puede contribuir a su mitigación, de hecho, aunque el contrato no se

⁹⁹ Cfr. Contrato de Concesión No. 001 de 2011. Cláusula 1. Definiciones. Numeral 1.9. Barreras de Control de Acceso.

¹⁰⁰ Cfr. DVD Principal No. 1 Anexos Demanda de Reconvención, folio 295. 8.1.67. Informe 5 caracterización del fenómeno de evasión. Línea 3: Línea base de evasión al pago de la tarifa en el componente troncal del sistema de transporte masivo de Bogotá, Transmilenio. Universidad Nacional de Colombia. f. 40 el estudio de línea base de evasión: "A partir de la toma de información de este estudio se identificó que los torniquetes son el principal punto para evadir el pago de la tarifa en el sistema troncal de TRANSMILENIO S.A. De cada 100 evasores, entre 83 y 84 ingresan por los torniquetes. Esta proporción se acentúa en los portales, donde 97 de cada 100 evasores ingresan por este punto."

refiere explícitamente, ni por simple ilustración no taxativa, a deberes concretados en acciones positivas explícitas del Concesionario relacionados con la evasión física, el Tribunal entiende -como ya se señaló en otro acápite de este Laudo- que la obligación de incorporación de recursos, mecanismos y procedimientos alcanza materialmente a las BCA, por tratarse de una actividad que emana precisamente de la naturaleza de la obligación de recaudar, como corresponde a las voces del artículo 1603 del CC.

47. Ahora bien, como fue señalado anteriormente, el incumplimiento de una obligación de medio se acredita ante la existencia de una conducta no diligente por parte del deudor. De cara a la obligación sometida a estudio, las pruebas recaudadas permiten evidenciar que Recaudo Bogotá no ha realizado análisis ni estudios suficientes sobre elementos que puedan ser incorporados o añadidos a las Barreras actuales para evitar la evasión que se produce al sobrepasar estos equipos sin validar el pago. Frente a este aspecto, se destaca que Recaudo Bogotá ha participado de forma activa en la implementación de Pilotos Anti - Evasión relacionados con el cambio de Barreras, en calidad de *colaborador* de las iniciativas creadas y adoptadas por el Ente Gestor¹⁰¹. Al respecto, se pronunció la testigo Stella Páez, quien manifestó:

“DR. ESTRADA: Usted podría señalarle al Tribunal por su conocimiento en el cumplimiento de las obligaciones como contratista, cuál fue el rol de Recaudo Bogotá para con sus tareas?”

SRA. PÁEZ: Sí, yo tendría que decir que Recaudo Bogotá fue un actor que facilitó el proceso mientras yo estuve allí, acompañó en las tareas que se le solicitó estuvieron dispuestos y atentos, también me consta que en desarrollo del proceso ellos también ya había avanzado con un proveedor, que no recuerdo cuál era, tenían su proveedor creo yo de... en donde ya estaban probando una tecnología diferente y dado que había parte tecnológica que era fundamental para poner a prueba otras tecnologías se requería la voluntad, disposición y el apoyo técnico de Recaudo Bogotá para poner en marcha el proyecto piloto y lo tuvimos todos, no tengo queja, siempre estuvieron allí facilitando y llegamos a un acuerdo para celebrar un otrosí que permitiera la implementación del piloto.”¹⁰²

¹⁰¹ Ver Otrosí No. 15 al Contrato de Concesión en CD Pruebas No. 1 Anexos Reforma de la Demanda de Reconvencción, folio 13. 09 – Otrosí 15.

¹⁰² Transcripción Testimonio de la señora Stella Páez, f. 45

48. En el expediente obran algunas referencias a una iniciativa particular adoptada por Recaudo Bogotá, consistente en la instalación de elementos sobre las barreras, para evitar que los usuarios las sobrepasen saltando por encima de ellas. El señor Javier Cancela, en efecto, señaló que el Concesionario sí propuso un cambio sobre las BCA a Transmilenio y que, de otro lado, nunca se ha realizado ningún estudio relacionado con modificaciones o “cambios físicos” que puedan implementarse sobre la barrera actual:

“DR. GUTIÉRREZ: **Pregunta No. 8.** Perfecto, doctor Cancela diga cómo es cierto sí o no, yo digo que sí es cierto, que es posible realizar cambios mecanismos o físicos a partir de las BCA, barreras de control de acceso, existentes para mejorar su eficiencia en el control de la evasión física en el sistema?

SR. CANCELA: Doctor Gutiérrez desconozco si es posible hacer cambios que mejoren la eficiencia de la barrera actual, como le comenté anteriormente **lo que propuso por nuestra parte fue un cambio de tipología de barrera, nosotros no hemos estudiado si es posible realizar cambios físicos a la barrera actual que mejoren su eficiencia de cara a la evasión física**, entonces no le puedo responder porque desconozco si es posible hacerle cambios.”¹⁰³

“DR. GUTIÉRREZ: (...) Séptima pregunta presidente, doctor Cancela diga cómo es cierto sí o no que el concesionario dentro del marco del contrato de concesión ha solicitado a Transmilenio autorización para realizar cambios mecanismos o físicos sobre las BCA existentes en pro de combatir la evasión física del sistema?

SR. CANCELA: No, Recaudo Bogotá no ha solicitado cambios físicos a las BCA existentes, pero lo que sí ha hecho es proponer cambios de barreras, de tipologías de barreras, basados en una propuesta integral que obviamente incluye resolver aspectos como el financiero relativo a la inversión en ese cambio de dispositivos”.¹⁰⁴

49. Sobre esta propuesta, a la que alude el señor Cancela, se pronunció el apoderado de la parte Convocada en sus alegatos de conclusión, señalando lo siguiente:

“A modo de “piloto”, el Concesionario ha dispuesto de las denominadas “superestructuras”, como se refirió el señor Cancela en su declaración, las cuales, teniendo en cuenta su diseño, han permitido la mitigación de la

¹⁰³ Transcripción Interrogatorio de parte del señor Javier Cancela, f. 28.

¹⁰⁴ Transcripción Interrogatorio de parte del señor Javier Cancela, f. 28

evasión física cuando los usuarios pretenden ingresar por encima de las Barreras de Control de Acceso instaladas.

(...)

No obstante, muy a pesar de TRANSMILENIO S.A., el Sistema y los bogotanos, tales acciones las implementaría la Parte Convocante únicamente si son pagadas como “adicionales”, situación que no comparte TRANSMILENIO S.A. y exige sean realizadas (estas u otras), pero dentro del marco básico del Contrato de Concesión. Lo anterior, puesto que no se trata de obligaciones adicionales sino de acciones encaminadas a dar cabal cumplimiento a pactos inicialmente alcanzados con la misma suscripción del referido negocio jurídico y que, por demás, ya están siendo remuneradas”.¹⁰⁵

50. De lo anterior se evidencia que Recaudo Bogotá ha sido principalmente colaborador en las iniciativas adoptadas por Transmilenio frente a las BCA. En lo que se refiere a iniciativas propias, se encuentra que efectivamente existe una propuesta de modificación de las barreras consistente, precisamente, en la implementación de estructuras sobre las BCA para evitar que los usuarios las sobrepasen por encima.
51. Ante la presencia constante y creciente del fenómeno de evasión física en la ejecución del Contrato, la mera iniciativa mencionada (de la superestructura) no constituye un pleno cumplimiento de la obligación de medio de incorporar recursos, procedimientos o mecanismos para evitar el fraude, cuya forma más evidente es la evasión física, sino apenas una iniciativa que quedó en estudio y no fue acompañada por alternativas ni otras consideraciones complementarias viables. El propio representante legal reconoció que Recaudo Bogotá no ha profundizado en evaluar alternativas para añadir, adicionar, o en lenguaje de la Cláusula 20.17 del Contrato, “incorporar” a las BCA existentes, recursos, mecanismos o procedimientos que contribuyan a contrarrestar la evasión: **“...nosotros no hemos estudiado si es posible realizar cambios físicos a la barrera actual que mejoren su eficiencia de cara a la evasión física, entonces no le puedo responder porque desconozco si es posible hacerle cambios”**¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Alegatos de Conclusión Transmilenio, f. 75.

¹⁰⁶ Cfr. Pregunta 8, interrogatorio de parte del señor Javier Cancela.

52. No pierde de vista el Tribunal que en diversos momentos del trámite se ha puesto de presente la discusión sobre la probabilidad de implementar BCA que, cumpliendo con las características mínimas del Sistema, propongan una mejora. Al respecto, el señor Javier Cancela manifestó que en el mercado hay barreras con mejores características técnicas que las implementadas actualmente en el Sistema, pero que su implementación puede incidir en que no se cumplan los criterios técnicos particulares exigidos en el Contrato. Se cita en lo relevante, la declaración del representante legal de Recaudo Bogotá:

“DR. CHALELA: La pregunta que le formula el apoderado señor Cancela, es si las barreras fueron suficientes o no para controlar la evasión y el Tribunal ha escuchado la forma y el contexto en que se la promueve.

SR. CANCELA: Entendido, en mi opinión hay barreras que son mejores para el control de la evasión, como se ha probado de hecho en los experimentos y pilotos que hemos venido haciendo por un lado y por otro, Transmilenio y Recaudo Bogotá, hay barreras mejores y por lo tanto decir si son suficientes o no es un criterio subjetivo, lo que sí puedo decir es que sí hay barreras mejores, pero que también como mencioné antes esas barreras mejores tienen una serie de inconvenientes que pueden hacer incluso inviables la aplicación en algunos caso, depende de cuáles y vuelvo a repetir lo que dije antes, por ejemplo, en una estación típica tipo vagón, el ancho de la estación es fijo y no da para poner el mismo número de barreras de tipo piso a techo, que es una de las más efectivas a nivel de contención de evasión en comparación con los torniquetes actuales.¹⁰⁷

(...)

DR. CHALELA: Ingeniero Cancela, el Tribunal quiere hacerle lo siguiente, usted se ha referido 2 veces a la palabra suficiente al responder la pregunta y la palabra utilizada en la pregunta por el apoderado fue si las barreras son eficientes para controlar el riesgo de la evasión, entonces como pregunta del Tribunal, le ruego que nuevamente conteste, si para usted las barreras son eficientes o no para el control del riesgo de la evasión?

SR. CANCELA: Perdón, voy a contestar, pero digamos que el concepto es similar, es decir, la eficiencia no es binaria, es subjetiva, entonces lo que sí puede contestar es que hay barreras más eficientes que los torniquetes actuales, hay barreras más eficientes en contención de evasión, como lo he mencionado, por ejemplo, las sugeridas por Transconsult piso a techo o puerta deslizante son más eficientes que las de torniquete.”¹⁰⁸

¹⁰⁷ Transcripción Interrogatorio de parte del señor Javier Cancela, f. 23.

¹⁰⁸ Transcripción Interrogatorio de Parte del señor Javier Cancela. f. 24

- Desde luego, ello corresponde al ejercicio del derecho de proponer *cambios o mejoras*, pero no implica el cumplimiento de la obligación de *incorporar* (agregar, anexionar) -de la cláusula 20.17- a la infraestructura existente, los recursos, mecanismos y procesos para el control del fraude en cualquier punto de las áreas de las estaciones que integran el subsistema de recaudo.
53. De lo expuesto el Tribunal concluye que Recaudo Bogotá no ha cumplido de forma diligente con la obligación de *incorporar recursos, mecanismos y procedimientos* tendientes a controlar la *evasión física* en el Sistema, particularmente en lo que se refiere a las BCA. Pues tal como puede leerse de las pruebas transcritas, si bien el Concesionario presentó un plan piloto para la instalación de “superestructuras”, esta estrategia no trascendió y aparece solitaria en medio de una larga ya ejecución contractual signada por la incidencia de la evasión física, sin que se destaquen otras iniciativas del Concesionario relativas a la tantas veces mencionada aquí obligación de *incorporación (anexión, agregación)* -Cl 20.17.- de recursos, mecanismos y procedimientos. Se trata entonces de un cumplimiento imperfecto o parcial apenas de la obligación a su cargo. Por lo expuesto el Tribunal declarará la prosperidad de la **Pretensión Quinta** de la Demanda de Reconvención Reformada, y en tal sentido desestimaré la **Excepción 5** de la Contestación a la Demanda de Reconvención Reformada, teniendo en cuenta que respecto de la obligación aquí analizada sí quedó establecido un incumplimiento, en la modalidad de cumplimiento imperfecto o parcial de la misma.
54. Ahora bien, otro asunto del resorte del Tribunal es definir si las eventuales inversiones que debe ejecutar el Concesionario en su obligación de incorporar recursos, mecanismos y procedimientos para el control de la evasión (Cl 20.17), deben ser asumidas por su cuenta y riesgo y bajo la remuneración pactada, o si por el contrario, al haber sido asignado el riesgo de evasión física a Transmilenio es esta entidad quien debe asumir los efectos económicos derivados de dicho riesgo, y por ende, el mayor valor de las inversiones necesarias.

55. Destaca el Tribunal que la obligación de incorporar mecanismos, recursos y procedimientos en lo que atañe a la **evasión tecnológica**, corresponde sin ambages al Concesionario, pues dicha obligación aparece completando un catálogo explícito y prolífico de actividades y compromisos contractuales exigibles a Recaudo Bogotá en relación con dicho fenómeno de evasión tecnológica, lo cual concuerda con la también explícita asignación de ese mismo riesgo a Recaudo Bogotá.
56. Ahora bien, en lo que tiene que ver con la **evasión física**, cuyo alcance se estableció en este Laudo Arbitral en los primeros capítulos, deben hacerse consideraciones relativas a la escasa referencia explícita del Contrato a obligaciones del Concesionario en relación con la aludida evasión física y, por supuesto, a la no asignación del riesgo de evasión física por las consideraciones que ya se hicieron en otro acápite.
57. La obligación de incorporar recursos, mecanismos y procedimientos de la Cláusula 20.17, se entiende aplicable a la evasión física por la incidencia de las BCA en el cumplimiento de la obligación de recaudo, de manera que esa obligación general de incorporación de recursos, mecanismos y procedimientos para controlar el fraude, es connatural al recaudo y emana del mismo (artículo 1603 del CC), como se explicó en detalle en otro acápite; pero además, porque dentro de los equipos que conforman el Subsistema de recaudo se incluyen las BCA según el propio Anexo Técnico No 2. Sin embargo, esta obligación, y algunas pocas otras que tienen impacto en la evasión física, no comportan en ningún modo un traslado del riesgo de evasión física que, como se ha dicho repetidas veces, quedó en cabeza del Ente Gestor (Transmilenio).
58. Así las cosas, la obligación de proporcionar BCA sometidas a las especificaciones mínimas, radicada en cabeza de Recaudo, debió cumplirse por cuenta y a cargo del Concesionario, así como la obligación de conservarlas y mantenerlas actualizadas, esto último de conformidad con las Cláusulas 16.3. y 16.34.

59. El riesgo de *evasión física* solo se hizo manifiesto y comprensible en su existencia y magnitud durante la ejecución del Contrato, pues el mismo no fue adecuadamente previsto –según se explica en el acápite correspondiente de este Laudo– en la Licitación previa a la presentación de la oferta ni en la consecuente suscripción del Contrato. La asunción de costos relacionados con la *incorporación de recursos, procedimientos y mecanismos* encaminados al control de un riesgo asignado y debidamente asumido, estaría en cabeza del Concesionario, pues debería estar incluido en el modelo que daría soporte a su oferta. Sin embargo, la no asignación del riesgo de evasión física (solo el riesgo de evasión tecnológica) ocurrida en este Contrato, no permite concluir que, en particular, la obligación del Concesionario que se refiere a la incorporación de recursos, procedimientos y mecanismos relativos a ese riesgo (el de evasión física) en las BCA deba ser realizada por cuenta y cargo del Concesionario. No obstante, lo cual, el Concesionario no queda relevado del cumplimiento de su obligación de incorporar recursos, mecanismos y procedimientos (Cláusula 20.17) para controlar la evasión física, pero deberá hacerlo, fiel a los deberes de buena fe contractual, de manera concertada con el Ente Gestor al que corresponderá asumir los costos de los mismos.

De otra parte, la contingencia a la que se refiere la Pretensión Novena Principal de la Demanda Reformada, esto es, a que se ordene a Recaudo Bogotá cambiar los torniquetes con otras especificaciones técnicas, y a que Transmilenio asuma dichos costos y restablezca el equilibrio económico del Contrato, corresponde a una hipótesis cuya potencial ocurrencia no encuentra soporte en el material probatorio arrimado a este trámite y tampoco corresponde a ninguna de las decisiones adoptadas por este Tribunal. Por lo tanto, la hipótesis planteada y los efectos que de ella pudieran derivarse no exhiben en este trámite fundamento fáctico, jurídico, ni contractual para dar prosperidad a lo pretendido en la Pretensión Novena de Demanda Reformada, por lo que esta no tiene vocación de prosperidad.

60. Por las consideraciones anteriores encuentra el Tribunal que: **a) Las pretensiones Segunda y Octava de la Demanda de Reconvención Reformada están**

llamadas a prosperar, en los términos y límites descritos por este Tribunal. **b)** Por su parte, la **Pretensión Novena** de la Demanda de Reconvención Reformada no prospera por las razones expuestas anteriormente. **c)** Por otra parte, no prospera la **Pretensión Novena Principal** de la Demanda Reformada presentada por Recaudo Bogotá, en cuanto esta se refiere, y está condicionada (*“en caso de que se ordene”*), a hipotéticas y futuras exigencias realizadas a Recaudo Bogotá respecto del cambio o sustitución de los torniquetes (BCA), supuestos de hecho que no fueron debatidos y probados en este trámite; no obstante, las incorporaciones a las BCA derivadas de la obligación en cabeza de Recaudo de *“incorporar recursos, mecanismos y procedimientos”* deberán ser asumidas por Transmilenio, en concertación entre el Concesionario y el Ente Gestor tal y como fue expuesto en el numeral anterior. **d)** Dado que Recaudo Bogotá, en el marco del riesgo asumido frente al control de la evasión (tecnológico), adquirió obligaciones de medio frente a la evasión física, y de conformidad con las cláusulas contractuales estudiadas, la **Excepción 4.2.** de la Contestación a la Demanda Reformada prospera.

c. Las facultades de la Policía Nacional para el control de la evasión y su relación con las obligaciones adquiridas por las partes en controversia

1. La convocante, Recaudo Bogotá, ha manifestado que la asunción del efecto económico del fraude *“no implica una responsabilidad objetiva en todos los casos posibles”*¹⁰⁹, y que por el contrario esta se encuentra limitada a aquellas fallas atribuibles al subsistema de recaudo que permitan al usuario ingresar al sistema sin validar el pago del pasaje, y cuyo control no se encuentre atribuido a terceros o a otra entidad: tal como ocurre con el control de la evasión física, fenómeno que en opinión de la convocante, debe ser controlado directa y exclusivamente por la Policía Nacional, única entidad facultada legalmente para imponer medidas *“preventivas y correctivas”*¹¹⁰ que mitiguen este fenómeno.

¹⁰⁹ Demanda Reformada, f. 72

¹¹⁰ Ibid., f. 76.

2. Por su parte, la convocada manifestó que *“TRANSMILENIO S.A. no tiene la intención de que el Concesionario ostente facultades sancionatorias a los “evasores” del Sistema o “exija” coactivamente el pago de la tarifa, pues, como es apenas lógico, tal potestad se arroga exclusivamente en la Policía Nacional y/o en cabeza de las Autoridades Competentes.”*¹¹¹. Sin perjuicio de lo anterior, Transmilenio señaló también, que, pese a que la Policía Nacional tiene a su cargo la obligación de exigir coactivamente la validación del medio de pago, esto no exime al concesionario de las obligaciones que asumió bajo su autonomía contractual y que por ende le son exigibles.

3. Considerando lo anterior, y a partir de lo señalado por la parte Convocante, debe establecer el Tribunal si pese a que el Concesionario asumió obligaciones de carácter contractual para el control de la evasión física, éste se exime de su cumplimiento al haber sido atribuida la facultad de control de la evasión exclusivamente a la Policía Nacional.

4. Como punto de partida, es necesario remitirse a la normativa que regula la actividad de Policía en lo que se refiere a la comisión de conductas relacionadas con la evasión física en los sistemas de transporte público. De acuerdo con el artículo 10 de Ley 1801 de 2016 *“Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana”* es un deber general de la autoridad de Policía *“Prevenir situaciones y comportamientos que ponen en riesgo la convivencia”*. Quien incurra en estos comportamientos, según lo dispuesto en el artículo 25 de este Código, será objeto de medidas correctivas de conformidad con lo preceptuado en dicha ley. Ahora, en concordancia con estas disposiciones, el numeral 7 del artículo 146 de la misma norma establece que será considerado un comportamiento contrario a la convivencia en los sistemas de transporte motorizados o servicio público de transporte masivo de pasajeros, entre otros, *“[e]vadir el pago de la tarifa, validación, tiquete o medios que utilicen los usuarios para acceder a la prestación del servicio esencial de transporte público de pasajeros, en cualquiera de sus modalidades”*; esta conducta es reproducida en el Manual de Usuario del Sistema

¹¹¹ Reforma a la demanda de reconvención, f. 16.

Transmilenio¹¹². En consecuencia, quien evada el pago de la tarifa, validación tiquete o medios para acceder al servicio, incurrirá según el parágrafo del artículo 146 en una multa general tipo 2, equivalente a 8 SMDLV.

5. La evasión del pago de la tarifa requerida para ingresar al Sistema es una conducta contraria a la convivencia frente a la cual, como fue señalado, la Policía Nacional tiene dentro de sus funciones imponer las medidas correctivas a las que haya lugar según la normativa. De acuerdo con la testigo Coronel María Elena Gómez, quien ilustró acertadamente la labor que cumplen los miembros de la institución en el Sistema, la Policía Nacional debe prestar acompañamiento al personal de Recaudo Bogotá ubicado en Estaciones y Portales del Sistema, a través de un “servicio mixto” conformado por *“profesionales en policía que son todo el nivel ejecutivo que está vinculado a la institución”* y que pueden dar aplicación a las disposiciones de carácter correctivo del Código (comparendo), y auxiliares de Policía¹¹³.

6. Ahora, las labores de la Policía Nacional no se han limitado exclusivamente a la imposición de comparendos, por el contrario, ha incorporado labores preventivas, de concientización, disuasión y fiscalización a los usuarios del Sistema. Así lo señaló el Comandante de Servicio Transporte Masivo de la Policía Nacional en comunicación del 19 de septiembre de 2016 dirigida al entonces Gerente de Operaciones de Transmilenio. Al respecto manifestó, que **“en el desarrollo de la actividad preventiva y operativa para garantizar la convivencia y seguridad ciudadana en el interior del sistema de transporte masivo Transmilenio, desarrolla actividades de concientización y reflexión con los usuarios infractores del sistema (colados) quienes omiten el pago del pasaje para acceder al uso del Sistema priorizando el servicio en las estaciones y portales donde más se presentan estos comportamientos, de igual manera se están tomando**

¹¹² Cfr. Manual de Usuario del Sistema Transmilenio. CD Pruebas No.1. Pruebas aportadas con la reforma de la Demanda, folio 18. Prueba 54., f. 26: “9.3.1. Infracciones al código nacional de policía y convivencia. (...) g. Evadir el pago de la tarifa, validación, tiquete o medios que utilicen los usuarios para acceder a la prestación del servicio esencial de transporte público de pasajeros, en cualquiera de sus modalidades.”.

¹¹³ Transcripción Testimonio de la señora María Elena Gómez, f. 7

*los correctivos con estas personas haciendo llamados de atención, comparendos educativos en los casos que ameriten y expulsión del sistema dando aplicabilidad al código distrital del Policía.*¹¹⁴

7. En materia de fiscalización, la Policía Nacional ha trabajado en conjunto con el ente Gestor del Sistema, a través de la suscripción de Convenios Interadministrativos en donde se han adoptado múltiples compromisos para aunar esfuerzos así fortalecer la seguridad y la vigilancia de los usuarios del Sistema, por medio de la labor conjunta con el personal adscrito al Comando de Servicio de Transporte Masivo. Este trabajo interconectado se ha fundado en la disuasión y la contingencia de los usuarios evasores del Sistema, así lo señaló la Institución: *“en conjunto con funcionarios de la empresa Transmilenio, han trabajado mancomunadamente para evitar y disuadir la evasión del pago para el uso del sistema, (...). Así mismo se hace una contención a los capitalinos que ingresan indebidamente al sistema exponiendo su integridad y la de terceros”*¹¹⁵
8. Ahora bien, expuesta brevemente la generalidad de las obligaciones legales que tiene a su cargo la Policía Nacional frente al Control de la evasión en Transmilenio o en sistemas de transporte público similares, pasa el Tribunal a evaluar el argumento esbozado por la parte convocante.
9. En efecto, la alegada atribución exclusiva del control de la evasión física a la Policía Nacional, tiene como fundamento el inciso segundo de la Nota 1 de la cláusula 20.19 del Contrato, según la cual, Recaudo Bogotá asume el riesgo de fraude por evasión siempre que su “vigilancia y control” no hayan sido atribuidas a una persona o entidad diferente al Concesionario. Se cita en lo relevante el tenor literal de la disposición contractual:

“No será responsabilidad del CONCESIONARIO el fraude ocasionado en aquellos casos en los cuales la obligación de vigilancia o control de la práctica de evasión correspondiente se encuentre atribuida específicamente

¹¹⁴ DVD Principal No. 1 Anexos Demanda de Reconvención folio 295. Prueba 8.1.55. Rad. S-2016-175095.

¹¹⁵ CD Pruebas No. 1. Anexos de la reforma a la Demanda de Reconvención folio 13. Prueba 69 – Oficio S-201-399224_MEBOG-SETRA-29.25

a cualquier persona o entidad diferente al CONCESIONARIO, o tenga lugar mediante mecanismos diferentes al uso del sistema de recaudo para el ingreso a las estaciones o a los buses en operación del SITP.”¹¹⁶

10. La normativa expuesta sobre las funciones legales atribuidas a la Policía Nacional frente a la evasión en el sistema de transporte público permite evidenciar que efectivamente esta institución se encuentra capacitada para “controlar y vigilar” esta práctica, sea a través de la disuasión que genera la figura de una autoridad de Policía o a través de la imposición de medidas correctivas una vez se ha incurrido en esta conducta contraria a la convivencia.

11. Existe una diferenciación clara entre el ejercicio de una actuación correctiva - facultad exclusiva de la Institución- y una de carácter simplemente disuasivo, como la que podría ejecutar tanto un particular como una autoridad de Policía. A partir de esta distinción, se tiene que las normas que regulan el control *correctivo* de la evasión física por miembros de la Policía Nacional excluyen implícitamente cualquier injerencia de particulares, en tanto estos no están facultados ni legal ni constitucionalmente para ejercer funciones asimilables a las concedidas a la Policía Nacional, funciones que comprenden incluso el ejercicio legítimo de la fuerza. Si bien se excluye la posibilidad de que un actor ajeno a las facultades propias de esta Institución -un particular- pueda realizar acciones que se enmarcan en esta esfera, esto no implica que dicho actor tenga prohibido realizar acciones distintas -que en el marco de sus competencias legales- se encuentren orientadas a precaver la comisión de una conducta contraria a la convivencia.

12. En efecto, las partes del Contrato de Concesión No. 001 de 2011 en su autonomía de la voluntad pactaron obligaciones a cargo del Concesionario, dirigidas al control de la evasión física en el Sistema. Encuentra el Tribunal que dichas obligaciones son plenamente compatibles con las facultades propias de la Policía Nacional, pues como se explicó previamente, no implican una habilitación al Concesionario para imponer acciones correctivas o coercitivas -sobre las cuales las partes coinciden en que el Concesionario no tiene facultad para su ejecución-,

¹¹⁶ Contrato de Concesión, Cláusula 20.19, Nota 1.

sino simplemente pretenden promover la adopción de determinados instrumentos que, en el marco de su posición de recaudador, le permitan controlar o menguar la incidencia de este fenómeno.

13. Entonces, si bien es cierto que la vigilancia y control del fraude por evasión física fueron atribuidas legalmente a la Policía Nacional mediante la imposición de medidas preventivas y correctivas, esta atribución no es absoluta, pues a través del Contrato de Concesión, Recaudo Bogotá también asumió obligaciones -en su naturaleza distintas- encaminadas a controlar este fenómeno. En este sentido, el Ente Gestor es responsable de la evasión física en cuanto no asignó ese riesgo al Concesionario, como riesgo previsible, para lo cual se apoya en la colaboración de la Policía Nacional; pero al control de dicho riesgo concurre también el Concesionario en lo que corresponde al alcance de las obligaciones contractuales que asumió y que tienen impacto sobre la evasión física -como ya se examinó-. Por lo anterior, no puede el Concesionario eximirse del cumplimiento de sus compromisos arguyendo que el control de la evasión física del Sistema es una tarea exclusiva de otra entidad, cuando a él mismo le corresponde una responsabilidad parcial y compartida sobre este fenómeno.
14. Como es evidente, esta atribución conjunta de responsabilidad frente a la evasión física en el Sistema deriva en que necesariamente deban adoptarse estrategias articuladas, un trabajo interconectado y multisectorial entre los diversos actores que intervienen en la operación del SITP con el fin de adoptar e implementar medidas suficientes y eficientes para controlar la evasión en el Sistema.
15. Por lo anterior, el Tribunal declarará que la **Pretensión Tercera Principal** de la Demanda Reformada prospera parcialmente pues, si bien, la evasión física es un asunto que involucra el orden público, la seguridad y la convivencia y por ello ha sido sometido a acciones preventivas y correctivas de la Policía Nacional, esta institución no es la única responsable de su control, pues como ha sido expuesto a lo largo de este Laudo, tanto Transmilenio en su rol de Ente Gestor como Recaudo Bogotá tienen a su cargo diversas obligaciones particulares frente al fraude por evasión. En este contexto, prospera la **Excepción 4.4.** de la

Contestación a la Demanda Reformada, pues en efecto, el actuar de la Policía Nacional y el cumplimiento de sus obligaciones misionales no excluyen ni se oponen a las obligaciones contractuales asumidas por el Concesionario frente al control del fraude por evasión física.

16. Finalmente, a modo de cierre y teniendo en consideración cada uno de los asuntos expuestos, el Tribunal se referirá a algunas Pretensiones y Excepciones concretas cuya conclusión se deriva de lo analizado a lo largo de este Laudo Arbitral.
17. Encuentra el Tribunal que la **Pretensión Primera Principal de la Demanda Reformada** no prosperará. En cuanto al primero de sus postulados se tiene que si bien Recaudo Bogotá no asumió el control y los efectos económicos de la evasión física, de ello no se desprende que no sea responsable de la misma “en todos los casos”, pues como ha sido ampliamente expuesto, aunque el Concesionario asumió en lo que se refiere al riesgo comercial por fraude, exclusivamente el riesgo de evasión tecnológica derivada del SIRCI, podrían derivarse responsabilidades para el Concesionario relativas a la evasión física en el evento de incumplir las obligaciones autónomas que en relación con la evasión física le fueron asignadas en el Contrato, como se explica en el presente Laudo. Frente al segundo postulado de dicha Pretensión, a partir del cual la Convocante pretende que se declare que su responsabilidad se encuentra estrictamente limitada a la evasión que surge de fallas en el Subsistema o de la evasión cuyo control sea atribuido a otra entidad o a terceros, como queda establecido en la parte motiva del Laudo, Recaudo Bogotá tiene obligaciones de medio que impactan directamente la evasión física en el Sistema, y que, de ser incumplidas, conllevan su responsabilidad. A partir de los anteriores supuestos, la **Excepción 4.1.** de la Contestación a la Demanda Reformada prosperará parcialmente en tanto que, el Concesionario, como se ha reiterado, adquirió obligaciones frente al control de la evasión según el alcance contractual, sin embargo, no es responsable de la asunción del riesgo por evasión física acaecido en el Sistema.

Tampoco prospera la **Pretensión Primera Subsidiaria a la Primera Principal** de la Demanda Reformada; y en cambio prosperará en el alcance

establecido en este Laudo Arbitral la **Pretensión Segunda Subsidiaria a la Primera Principal** de la Demanda Reformada. Por las razones expuestas, no procederá la **Excepción 1** de la Contestación a la Demanda de Reconvención Reformada, y por el contrario, se acogerán, sólo parcialmente y en los términos señalados en este Laudo sobre la asunción del riesgo de evasión física y la responsabilidad sobre obligaciones de naturaleza contractual a cargo del Concesionario, la **Excepción 4.3.** de la Contestación a la Demanda Reformada y la **Excepción 2** de la Contestación a la Demanda de Reconvención Reformada.

18. En el mismo sentido, prosperará parcialmente la **Pretensión Sexta Principal de la Demanda Reformada** en cuanto, en efecto, Recaudo Bogotá no está sometida a responder por obligaciones de imposible cumplimiento de acuerdo con la ley, y tampoco a controlar de manera coactiva o represiva la evasión del medio de pago por no ostentar facultades legales para ello. Sin embargo, no prospera en lo que se refiere a la limitación de su responsabilidad por las razones expuestas en este laudo y traídas a colación en el numeral anterior y en los acápites relativos a las obligaciones de Recaudo Bogotá que tienen impacto de evasión física y que dan lugar a la prosperidad de las **Pretensiones Primera, Segunda y Quinta** de la Demanda de Reconvención. El Tribunal acogerá la **Excepción 3** de la Contestación a la Demanda de Reconvención Reformada.

19. Así mismo, considerando lo expuesto en capítulos anteriores, la **Pretensión Décima Principal de la Demanda Reformada** no está llamada a prosperar en tanto que la responsabilidad por la evasión del medio de pago, no imputable a fallas técnicas del Subsistema de recaudo, no es exclusiva de TRANSMILENIO S.A. pues como fue expuesto, Transmilenio obtiene apoyo de la Policía Nacional y Recaudo Bogotá tiene obligaciones estrechamente vinculadas al control de este fenómeno; lo anterior, aunado a que en el trámite no se acreditó que la responsabilidad del Ente Gestor se derive de “la no implementación plena del sistema y el abandono y deterioro del sistema de transporte público”. Bajo los mismos presupuestos, no procederán las **Excepciones 4 y 8 de la Contestación a la Demanda de Reconvención.**

C. Los perjuicios reclamados por la Convocante: la prueba de su existencia y cuantificación

1. De conformidad con la pretensión décima primera de la Demanda Principal, la Convocante ha solicitado que como consecuencia de la prosperidad de una, varias o todas las pretensiones declarativas principales y/o subsidiarias anteriores, se condene a Transmilenio a pagar en favor de Recaudo Bogotá, bajo el principio de indemnización integral, el valor de los perjuicios económicos sufridos con ocasión de la evasión presentada del medio de pago para ingresar al sistema integrado de transporte público.
2. A dicha pretensión Transmilenio se opone, por cuanto, en su consideración, no solo las actividades correspondientes a garantizar el cumplimiento del Contrato de Concesión son del riesgo y a costo exclusivo del Concesionario, sino que, según la cláusula 20.17 del Contrato de Concesión, el responsable y quien debe asumir en su integridad los “efectos económicos” causados por el fraude en el Sistema cuando éste se produzca por medio o a través de “instalaciones, equipos, mecanismos y servicios”, que hagan parte del Subsistema de Recaudo del Sistema, es de la esfera exclusiva de la Convocante. En consecuencia, argumenta, que solicitar una indemnización no solo representa un desconocimiento evidente a las obligaciones asumidas con la suscripción del Contrato de Concesión, sino que pretende un traslado del riesgo y responsabilidad sin sustento alguno.
3. Sabido es que para que las pretensiones sean resueltas de manera favorable, se dispone que incumbe a las partes, probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta.
4. Precisamente, respecto a la carga de la prueba, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, en sentencia de 25 de mayo de 2010, dijo: *“Al Juez no le basta la mera enunciación de las partes para sentenciar la controversia, porque ello sería tanto como permitirles sacar beneficio del discurso persuasivo que presentan; por ende, la ley impone a cada extremo del litigio la tarea de traer al juicio de manera*

oportuna y conforme a las ritualidades del caso, los elementos probatorios destinado a verificar que los hechos alegados efectivamente sucedieron, o que son del modo como se presentaron, todo con miras a que se surta la consecuencia jurídica de las normas sustanciales que se invocan.”

5. En tal sentido, sobre la carga de la prueba, como lo efectuó en el expediente con radicación número: 05001-23-26-000-1994-02376-01(18048), el Consejo de Estado ha explicado: *“En procesos contenciosos o controversiales como el presente, el juez no puede adoptar decisiones que no estén fundadas en las pruebas debidamente allegadas al proceso, ni le corresponde descargar a las partes de sus deberes probatorios, puesto que se incurriría en una violación flagrante de los artículos 174 y 177 del Código de Procedimiento Civil, así como también se estarían vulnerando los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa del interviniente que resulte afectado...”*.
6. Lo anterior para colegir en punto tan sensible, como por ejemplo en el tema del perjuicio, que la exigencia probatoria, es fundamental y esencial, para declararlo.
7. En adición, se puede indicar, que para hablar de responsabilidad, debe acreditarse la ocurrencia de un daño antijurídico indemnizable, y su imputación al sujeto al que pretenda achacarse el mismo, y para que sea indemnizable, debe ser personal, determinado o determinable, cierto y generalmente no eventual.
8. Por tanto, como se manifestó antes en la providencia contenciosa traída a colación, la finalidad de la indemnización de perjuicios consiste en que el afectado quede reparado, de tal forma que las cosas vuelvan, de ser posible, a la situación anterior al evento dañoso, de allí que el perjudicado solo deba recibir el equivalente al daño efectivamente sufrido, pero reiterando, que ello requiere plena prueba.
9. Ahondando en la cuestión, la Convocante centra fundamentalmente su petición a este respecto, argumentando que el fenómeno de la evasión física le generó perjuicios económicos que deben ser reconocidos. Frente a este aspecto, para el Tribunal es claro que como obra en el plenario, el mentado fenómeno de la evasión

física ciertamente se produjo. No obstante, es cosa distinta, que de aquel hecho se pueda presuponer que sin pruebas conducentes se pueda decretar en favor de Recaudo Bogotá la solicitud de indemnización integral.

10. Así las cosas, tal situación, más allá de generar la constatación de la acreditación del hecho de la evasión física, no redundan en un derecho que se pueda atribuir a la Convocada, por esencialmente no reposar pruebas que de forma inequívoca conduzcan a tal posibilidad.
11. De lo probado, es evidente indicar que indudablemente la llamada evasión física ha repercutido e impactado el Sistema, sin que se pongan manifiesta las circunstancias reales, y no hipotéticas, en las que se pudiera ver afectada, por ejemplo, la ecuación contractual. Y así, en lo que se conoce como el rompimiento del equilibrio económico del contrato, caso en el cual, en virtud del principio *rebus sic stantibus*, surgiera el deber de restablecerlo o declarando una indemnización integral de perjuicios.
12. Observa, por el contrario el Tribunal, de acuerdo con el acervo probatorio recaudado, que no se evidencia la real acreditación de un perjuicio, y por ello, no se puede entender más allá de una reclamación económica que haya lugar al nacimiento de un derecho a favor, puesto que se aprecia que no existe prueba alguna que evidencie de manera inequívoca los perjuicios reales y ciertos sufridos por quien los reclama.
13. En consecuencia, y a sabiendas de que según la teoría general no hay responsabilidad sin daño directo, aunque exista incumplimiento o infracción a un deber de conducta, sin prueba determinante del daño, y necesidad de su presencia y su justificación, es inviable que se abra paso la indemnización de perjuicios.
14. La condición puesta de presente pues, no emerge tranquilamente aquí, y como un requisito esencial que debe reunir el daño es su certidumbre, es decir, que se demuestre su existencia misma; lo cual ocurre cuando no haya duda de su concreta realización, no se otorgará prosperidad a lo aquí pedido. Evidentemente, como lo

ha dicho también la Corte Suprema de Justicia, en relación al daño, *“sin su ocurrencia y demostración, no hay lugar a reparación alguna”* (CSJ, SC del 1º de noviembre de 2013, Rad. n.º 1994- 26630-01; CSJ, SC del 17 de noviembre de 2016, Rad. n.º2000-00196-01).

15. Por todo lo dicho, siendo predicable para que procediera la pretensión, que el daño susceptible de reparación deba ser directo y cierto, esto es, que aparezca real y efectivamente causado, se negará el pedimento en tratativas. Punto sobre el cual precisamente, ha señalado la jurisprudencia civil que *“el perjuicio que condiciona la responsabilidad civil no es materia de presunción legal y que como derecho patrimonial que es, debe ser demandado y probado en su existencia y en su extensión por quien alega haberlo sufrido, que es quien mejor debe saber en qué consiste y cuánto lo ha afectado. Quien afirma que su demandado le ha inferido un daño por su dolo o su culpa, está obligado, si quiere que se le repare por decisión judicial, a producir la prueba de la realidad del perjuicio demostrando los hechos que lo constituyan y su cuantía, o señalando a este respecto, cuando menos, bases para su valoración”* (LVIII, pág. 113) (CSJ, SC del 25 de febrero de 2002, Rad. n.º 6623).
16. En todo caso, si es que se pensara que a pesar de lo dicho, el daño que se alega, si goza de la condición de ser directo, cierto, causado y probado, en cuanto a capacidad de obtener resarcimiento, la pretensión chocaría contra otro imponderable, y es precisamente el expuesto en el concepto del Ministerio Público que con certeza adujo que la interpretación arbitral, en tanto la asunción del riesgo de evasión tendría efectos hacia el futuro, no debería modificar en aras de la seguridad jurídica situaciones tramitadas y decididas íntegramente con anterioridad a la ejecutoria del fallo arbitral. De manera tal que, en todo caso, bajo esta apreciación tampoco habría lugar a devoluciones o indemnizaciones por los ingresos dejados de percibir por la evasión del medio de pago presentada, y por ende así de declarará.
17. De conformidad con lo dicho, se negarán las pretensiones Décima Primera Principal y Primera Subsidiaria de la Décima Primera Principal de la Demanda Reformada.

D. La imposición de la cláusula penal

1. De conformidad con lo antes visto, el Tribunal entrará ahora a despachar la pretensión de la demanda de reconvención reformada que se encuentra vinculada a que como consecuencia de eventuales incumplimientos, se condene a Recaudo Bogotá a pagar a favor de Transmilenio la suma de dinero que se desprenda de la aplicación de la Cláusula Penal Pecuniaria prevista en la cláusula 132 del Contrato de Concesión, en concordancia con la cláusula 1.16. del mismo Contrato.
2. Sabido es pues, que en los contratos estatales tradicionalmente se ha estipulado la cláusula penal pecuniaria, otorgándole a la administración en calidad de entidad contratante la posibilidad de obtener por parte del contratista una suma de dinero derivada del incumplimiento de sus obligaciones durante la ejecución del contrato. De igual forma, la jurisprudencia ha definido la cláusula penal, como la estimación anticipada de los posibles perjuicios que se llegaran a ocasionar como resultado del incumplimiento de las obligaciones pactadas entre las partes, por lo que resulta una sanción de carácter pecuniaria que recae sobre la parte que incumple las obligaciones contractuales (Consejo de Estado, radicación número: 25000-23-26-000-1990-6904-01 (12342)).
3. Igualmente, es conveniente anotar que la cláusula penal pecuniaria, tiene una característica fundamental, concerniente a que su imposición puede ser graduada y tasada, es decir, que no siempre el contratista que incumple se encuentra obligado a pagar el valor pactado previamente en el contrato, sino que ello puede ser reducido en la medida en que el contratista haya cumplido sus obligaciones, o el incumplimiento achacado no revista el carácter de esencial o relevante. Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia del 13 de noviembre de 2008, señaló: *“Considerando que la cláusula penal pecuniaria es una tasación anticipada de perjuicios, y que la entidad está exenta- para imponerla y cobrarla- de demostrar los daños sufridos a raíz del incumplimiento del contratista; se debe tener en cuenta que el Juez tiene la competencia, previo juicio de proporcionalidad, para fijar su*

reducción, pues los postulados de dicho principio, así como la equidad - este último como criterio auxiliar de la actividad judicial". (Exp. 17009, 2008).

4. Y así, el juzgador tiene la facultad de reducir el monto de la cláusula penal, teniendo en cuenta para ello las obligaciones ejecutadas por el contratista, y de otro lado, aplicando los principios de equidad y proporcionalidad.
5. Descendidos tales racionios aquí, el Tribunal ha advertido que los incumplimientos achacados al concesionario no poseen la envergadura como para desatar los efectos de la cláusula penal. En consecuencia, y en apego a la jurisprudencia contenciosa que discierne respecto a la procedencia de la tasación de la cláusula penal fijada por las partes en los contratos estatales en sede judicial –o arbitral-, y advertidos de que el incumplimiento hallado no tiene la virtualidad de ser realmente perturbador de la ejecución contractual, no se concederá la aplicación de la cláusula penal.
6. En razón de lo anterior, habrá de descartarse la **sexta pretensión** de la demanda de reconvencción.

E. La facultad sancionatoria de la Administración y la alegada coacción de Transmilenio a la Convocante, respecto de sus obligaciones contractuales de control del riesgo de evasión

1. Solicita el Concesionario como pretensión séptima de la Demanda Principal que se declare que existió “coacción” por parte de Transmilenio en su contra, situación que derivó en la asunción de riesgos y, en general, en la aceptación expresa de obligaciones propias de la evasión física en el Sistema durante la ejecución del negocio jurídico.
2. Frente a este asunto, Transmilenio señala que el ejercicio de las potestades contractuales por parte de una entidad pública, con objetividad, diligencia y pleno respeto de los principios de la función pública, como lo ha hecho éste, de ninguna manera puede ser interpretado como un acto de coacción, mucho menos cuando no

se dejó por parte del Concesionario salvedad alguna sobre la aceptación de sus actos en las comunicaciones emitidas y que hacen parte del expediente.

3. Como bien señaló el Agente del Ministerio Público, el problema jurídico por absolver en este punto concierne a indagar ¿si tenía Transmilenio justificación legal y contractual para iniciar procedimientos administrativos sancionatorios frente al Concesionario por el presunto incumplimiento de la obligación de asumir el efecto económico de la evasión del pago de la tarifa (colados) o si tal proceder constituye una coacción al Concesionario?
4. Sea lo primero resaltar que como lo expuso Transmilenio S.A., en las comunicaciones formales remitidas por el Concesionario a la entidad durante la ejecución contractual, no manifestó descargo alguno que ratificara lo ahora expuesto en el trámite arbitral.
5. No obstante, el Tribunal detecta que en virtud de la Cláusula 89 del Contrato de Concesión, es innegable que Transmilenio poseía la facultad sancionatoria para imponer multas, declarar el incumplimiento y hacer exigible la cláusula penal pecuniaria, por supuesto, evidentemente, y según lo expuso también la Procuraduría, respetando en todo caso las garantías del debido proceso, y aplicando principios de raigambre convencional y constitucional como los de proporcionalidad, razonabilidad y del *non bis in idem*, entre otros.
6. Pero el Tribunal además agrega que la potestad sancionatoria contractual en la ejecución de lo público goza de pleno asidero legal, como emerge del artículo 17 de la ley 1150 de 2007 en concordancia con el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, en razón de lo cual descalificar *per se* o, en sí mismo aquella, no resulta admisible.
7. En consecuencia, dicha potestad sancionatoria de las actuaciones contractuales estatales es un mecanismo legítimo que tiene por objeto conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones y no puede en modo alguno, salvo muy contados eventos, que entre otras no son los propios que se evidencian en este caso, considerarse como instrumentos de coacción.

8. Evidentemente, los procedimientos administrativos sancionatorios buscan hacer efectiva la vitalidad del contrato ante incumplimientos en que incurra el contratista y lo que se busca es constreñirlo a su cumplimiento, o castigar tales eventos.
9. Adicionalmente, en lo que hace de este Contrato, no se advierte que el ejercicio de tal facultad sancionatoria de la administración, en los términos expuestos, tenga o haya tenido el efecto que se pretende en la demanda arbitral.
10. Por ende, no se accederá a la petición incoada a este respecto, por cuanto Transmilenio, como también concluyó el concepto del Ministerio Público, ha tenido, tiene y tendrá durante la ejecución del contrato la potestad sancionatoria que le conceden las normas y el contrato para asegurar el cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades del Concesionario del SIRCI.
11. Por lo anterior, el Tribunal negará la pretensión séptima de la Demanda Principal y la **Excepción 6** de la Contestación a la Demanda de Reconvención.

IV. EL JURAMENTO ESTIMATORIO

En la oportunidad legal correspondiente Recaudo Bogotá formuló objeción a la estimación juramentada de las pretensiones de la demanda de reconvención de Transmilenio que fue consignada en cumplimiento del requisito previsto en el artículo 206 del Código General del Proceso. Como ya se expuso, Recaudo se opuso a la aplicación de la cláusula penal por cuanto consideró que dicha pretensión carece de fundamento.

La objeción que se formuló por Recaudo no implicó el ejercicio de iniciativa probatoria alguna por la parte ni por el Tribunal, por no encontrar, en los términos del canon legal anteriormente invocado, que la estimación hecha en la demanda de reconvención reformada resultaba notoriamente injusta o ilegal o que pudiera dar lugar a sospechar "fraude, colusión o cualquier otra situación similar."

Al término del proceso fue posible verificar que las dos partes persiguieron en el juicio acreditar las consecuencias económicas de las declaraciones vertidas en las pretensiones de ese tenor y con ese propósito ejercieron una iniciativa probatoria que el Tribunal dirigió y presenció y cuyos resultados se reflejan en las decisiones que habrán de adoptarse para desatar el litigio.

El artículo 206 del Código General del Proceso establece la obligación de realizar el juramento estimatorio a cargo de quien *“pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras”* y prevé entre sus consecuencias unas sanciones, las que según se indicó en el informe de ponencia del proyecto en el Congreso de la República y ha destacado la Corte Constitucional buscan *“desestimular la presentación de pretensiones sobreestimadas o temerarias”*.

A tal efecto el Código establece que *“Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.”* (Inciso modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014). Agrega el párrafo del mismo artículo que *“También habrá lugar a la condena a que se refiere este artículo, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento la sanción equivaldrá al cinco (5) por ciento del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.”*

De esta manera, la imposición de sanciones procede en dos casos: cuando *“la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada”*, o cuando se niegan *“las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios”*. En la medida en que la norma es sancionatoria, su interpretación debe ser restrictiva y no procede la aplicación de sanciones en otros supuestos.

Según lo ha decantado la jurisprudencia, tanto la constitucional como la de los tribunales de instancia, las sanciones previstas en el artículo 206 del Código General

del Proceso están llamadas a aplicarse en probados eventos de temeridad o falta de fundamento.

Ahora bien, en Sentencia C-175 de 2013 la Corte Constitucional declaró exequible condicionalmente el parágrafo del artículo 206 del Código General del Proceso *“bajo el entendido de que tal sanción -por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa de la misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado”*.

En las consideraciones de esta sentencia se precisó que para efectos de la aplicación de las sanciones por razón del juramento estimatorio debe distinguirse entre las dos siguientes hipótesis: (i) si *“los perjuicios no se demostraron por el obrar culpable de la parte a la que le correspondía hacerlo”*, o (ii) si *“los perjuicios no se demostraron pese al obrar exento de culpa de la parte a la cual correspondía hacerlo.”*

Precisó la Corte que *“Si la carga de la prueba no se satisface por el obrar descuidado, negligente y ligero de la parte sobre la cual recae, valga decir, por su obrar culpable, al punto de que en el proceso no se logra establecer ni la existencia ni la cuantía de los perjuicios, aunque sea posible que sí hayan existido en la realidad, de esta situación deben seguirse consecuencias para la parte responsable”, pero “si la carga de la prueba no se satisface pese al obrar diligente y esmerado de la parte sobre la cual recae, valga decir, por circunstancias o razones ajenas a su voluntad y que no dependen de ella, como puede ser la ocurrencia de alguna de las contingencias a las que están sometidos los medios de prueba, es necesario hacer otro tipo de consideración”, para lo cual debe tomarse en cuenta si la contingencia a que está sujeto el medio de prueba existía antes de iniciar el proceso y era conocida por la parte. Agregó la Corte que cuando se está “ante un fenómeno que escapa al control de la parte o a su voluntad, y que puede ocurrir a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado. En este escenario hipotético la sanción prevista en la norma demandada sí resulta desproporcionada y, por tanto, vulnera el principio de buena fe y los derechos a acceder a la administración de justicia y a un debido proceso, pues castiga a una persona por un resultado en cuya causación no media culpa alguna de su parte. Dado que esta interpretación de la norma es posible, la Corte emitirá una sentencia condicionada”*.

Desde esta perspectiva se considera que frente a la estimación realizada en la Demanda de Reconvención Reformada no procede aplicar sanción por razón del juramento estimatorio, pues no se presenta ninguno de los supuestos en los que de conformidad con el artículo 206 del Código General del Proceso corresponde la imposición de la sanción. En efecto, si bien en el laudo no se accederá a imponer condena por la cláusula penal, ello obedece a las consideraciones expuestas en el punto correspondiente, mas no al evento al que refiere el supuesto normativo, vale decir a la falta de prueba del perjuicio.

Por las razones expuestas, el Tribunal no impondrá sanción alguna con fundamento en el artículo 206 del Código General del Proceso.

V. LAS COSTAS Y LA CONDUCTA DE LAS PARTES

El Código General del Proceso dispone que se condenará en costas a la parte vencida, que la condena respectiva debe hacerse en la sentencia y que solo habrá lugar a dicha condena cuando en el expediente aparezca que se causaron. Así mismo, “en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión” (artículo 365).

A partir de los criterios señalados, teniendo en cuenta que prosperan de manera parcial las pretensiones de la demanda y que prosperan en forma parcial las pretensiones de la demanda de reconvención, el importe de los beneficios procesales obtenidos por cada una de las partes involucradas en el litigio, al igual que el sentido general de la decisión contenida en el presente laudo, así como la actividad procesal desplegada por los apoderados, quienes han actuado conforme a la corrección y a la lealtad procesal, cada quien en defensa de la posición asumida, amén de que no se vislumbra conducta temeraria alguna, el Tribunal se abstendrá de imponer condena en costas.

Por último, de conformidad con el artículo 280 del Código General del Proceso, se considera que la conducta procesal de las partes a lo largo del proceso fue ajustada a derecho y atendió los postulados de la buena fe y probidad, por lo que no se dedujo ningún indicio de tales conductas.

CAPÍTULO TERCERO: DECISIÓN

PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitraje constituido para resolver en derecho las controversias surgidas entre RECAUDO BOGOTÁ S. A. S. EN REORGANIZACIÓN de una parte y EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S. A., de la otra, habilitado por las partes, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero.- Declarar, con el alcance señalado en la parte motiva, que de acuerdo con la Matriz de Riesgos contenida en el Anexo 5 del Contrato de Concesión 001 de 2011, RECAUDO BOGOTÁ S. A. S. no asumió ilimitadamente todos los riesgos por fraude que se presentaran en las estaciones y puntos de venta, sino solamente aquellos de baja probabilidad de ocurrencia y de impacto alto, que se presentaran por fallas atribuibles al subsistema de recaudo. En consecuencia, prospera la pretensión segunda subsidiaria de la primera pretensión principal de la demanda.

Segundo.- Declarar que TRANSMILENIO S. A. incumplió el régimen legal de los riesgos en el derecho público de la contratación estatal y el Contrato de Concesión No. 001 de 2011 al exigir a RECAUDO BOGOTÁ S. A. S. que responda por todos los casos de evasión del medio de pago presentados, sin tener en cuenta los alcances y límites de las obligaciones y funciones del personal operativo dispuesto por el Concesionario del SIRCI, riesgos que no giran en torno a su empresa o actividad y escapan de su control o administración. En consecuencia, prospera la pretensión segunda principal de la demanda.

Tercero.- Declarar que prospera en forma parcial y con el alcance señalado en la parte motiva, la pretensión tercera principal de la demanda según la cual, el control de la evasión del pago de la tarifa presentada por eludir las barreras físicas de control de acceso dispuestas por RECAUDO BOGOTÁ S. A. S. es un asunto de orden público, que afecta la convivencia y seguridad de los usuarios del sistema de transporte público, siendo responsabilidad exclusiva del Estado y de la Policía Nacional contrarrestarla, de conformidad con la Ley 1801 de 2016.

Cuarto.- Declarar que TRANSMILENIO S. A. es el responsable de adoptar, en conjunto con la Policía Nacional, las medidas para evitar la evasión del medio de pago por circunstancias distintas a fallas técnicas del subsistema de recaudo. En consecuencia, prospera en forma parcial la pretensión cuarta principal de la demanda.

Quinto.- Declarar que TRANSMILENIO S. A. debe adoptar a su costo y riesgo medidas tecnológicas, técnicas, de infraestructura y de aumento de fuerza pública eficientes y necesarias para evitar la evasión del medio de pago en el sistema integrado de transporte público, por circunstancias distintas a fallas técnicas del subsistema de recaudo. En consecuencia, con el alcance señalado en la parte motiva, prospera la pretensión quinta principal de la demanda.

Sexto.- Declarar que RECAUDO BOGOTÁ S. A. S. no está obligada a responder por obligaciones de imposible cumplimiento, por no tener capacidad ni facultad legal, constitucional, ni contractual para controlar la evasión del medio de pago por medios físicos (colados). En consecuencia, prospera en forma parcial y con el alcance señalado en la parte motiva, la pretensión sexta principal de la demanda.

Séptimo.- Declarar que RECAUDO BOGOTÁ S. A. S. cumplió con las especificaciones técnicas exigidas por TRANSMILENIO S. A. en el Contrato de Concesión 001 de 2011, en relación con los torniquetes (Barreras de Control de Acceso - BCA) instalados en las estaciones y portales del sistema integrado de transporte público. En consecuencia, prospera la pretensión octava principal de la demanda.

Octavo.- Por las razones expuestas en la parte motiva, reconocer fundamento a las siguientes excepciones propuestas por TRANSMILENIO S. A.: “Aplicados los criterios de interpretación de los Contratos, es claro que el Concesionario no solamente se obligó a mitigar y controlar el fenómeno de la evasión en el sistema, sino, también, a incorporar los mecanismos, procedimientos y recursos necesarios para los efectos” y “El actuar de la Policía Nacional y sus obligaciones misionales no excluyen ni se oponen al cumplimiento de las obligaciones contractuales que tiene el Concesionario en relación con el fraude y la evasión en el Sistema.”

Noveno.- Por las razones expuestas en la parte motiva, reconocer fundamento parcial a las siguientes excepciones propuestas por TRANSMILENIO S. A.: “El concesionario asumió la obligación, responsabilidad y el riesgo de “*fraude*” en la utilización del Subsistema de Recaudo a su cargo con el alcance previsto en el Contrato de Concesión” y “El Concesionario es el llamado a cumplir su alcance obligacional y a asumir los riesgos trasladados”.

Décimo.- Por las razones expuestas en la parte motiva, negar las demás pretensiones de la demanda.

Décimo primero.- Declarar que RECAUDO BOGOTÁ S. A. S. se obligó a contar con el Personal Operativo requerido en las Estaciones y Portales del Sistema, de conformidad con lo dispuesto en las cláusulas 1.62., 20.17 y 21.1. del Contrato de Concesión. En consecuencia, prospera la pretensión primera de la demanda de reconvención.

Décimo segundo.- Declarar que RECAUDO BOGOTÁ S. A. S. se obligó a adoptar las funcionalidades y los recursos, procedimientos y mecanismos necesarios que permitan llevar a cabo un eficiente control del Fraude en las áreas de las Estaciones y Portales que integran el Subsistema de Recaudo, en los términos de las cláusulas 1.31, 16.3, 20.7, 20.17 y 22.11 del Contrato de Concesión y la Matriz de Riesgos contenida en el Anexo 5 del mismo Contrato. En consecuencia, con el alcance señalado en la parte motiva, prospera la pretensión segunda de la demanda de reconvención.

Décimo tercero.- Declarar que RECAUDO BOGOTÁ S. A. S. asumió la responsabilidad y los efectos económicos de la evasión en el Sistema de conformidad con los numerales 20,16 y 20,17 de la cláusula 20 del Contrato de Concesión y la Matriz de Riesgos contenida en el Anexo 5 del mismo Contrato. En consecuencia, con el alcance señalado en la parte motiva, prospera en forma parcial la pretensión tercera de la demanda de reconvención.

Décimo cuarto.- Declarar que RECAUDO BOGOTÁ S. A. S. asumió los riesgos previstos en la cláusula 20.17 del Contrato de Concesión y aquellos que le fueron asignados en la Matriz de Riesgos contenida en el Anexo 5, particularmente el riesgo derivado del fraude por evasión del pago en el ingreso al Sistema a través de las áreas de las Estaciones y Portales que integran el Subsistema de Recaudo, sin perjuicio de lo dispuesto en la Nota 1 de la Cláusula 20. En consecuencia, prospera la pretensión primera subsidiaria de la cuarta principal de la demanda de reconvención.

Décimo quinto.- Declarar que RECAUDO BOGOTÁ S. A. S. incumplió el Contrato de Concesión al no adoptar las funcionalidades y los recursos, procedimientos y mecanismos necesarios que permitan llevar a cabo un eficiente control del fraude, así como de los ingresos, salidas y trasbordos de los usuarios en las áreas de las Estaciones y Portales que integran el Subsistema de Recaudo, en los términos de las cláusulas 1.31, 16.3, 20.7, 20.17 y 22.11 y la Matriz de Riesgos contenida en el Anexo 5. En consecuencia, prospera la pretensión quinta de la demanda de reconvención.

Décimo sexto.- Condenar a RECAUDO BOGOTÁ S. A. S. a cumplir con la obligación de incorporar los recursos, procedimientos y mecanismos eficientes y necesarios para garantizar el control del Fraude en las áreas de las Estaciones y Portales que integran el Subsistema de Recaudo, así como identificar y controlar las fuentes de fraude internas y externas, de conformidad con lo estipulado en el Contrato de Concesión. En consecuencia, con el alcance señalado en la parte motiva, prospera la pretensión octava de la demanda de reconvención.

Décimo séptimo.- Reconocer fundamento a la excepción rotulada "RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. NO está obligada a responder por obligaciones de imposible cumplimiento. La demandante en reconvención pretende que el Concesionario del

SIRCI cumpla con obligaciones que NO puede realizar, por no tener la capacidad ni la facultad legal ni constitucional para controlar la evasión del medio de pago por medios físicos (colados). *'Add impossibilia nemo tenetur'*: Nadie está obligado a cosas imposibles" propuesta por RECAUDO BOGOTÁ S. A. S.

Décimo octavo.- Reconocer fundamento parcial a las excepciones propuestas por RECAUDO BOGOTÁ S. A. S. rotuladas "Los motivos en que fundamenta TRANSMILENIO S.A. las pretensiones de la demanda de reconvención constituyen riesgos que NO fueron asumidos por RECAUDO BOGOTÁ S.A.S., sino que corresponde contrarrestarlos a terceros y otras entidades. El concesionario NO asumió ilimitadamente todos los riesgos por fraude que se presentaran en las estaciones y puntos de venta, sino solamente los que giraban en torno a su empresa o actividad. El control de orden público es un hecho que escapa el alcance de sus actividades, el cual debe ser cumplido por el Estado y la Policía Nacional" e "Inexistencia de incumplimiento por parte de RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. a sus obligaciones establecidas en el Contrato de Concesión 001 de 2011 por cuanto los motivos en que fundamentan TRANSMILENIO S.A. los hechos y pretensiones de la demanda de reconvención relativas al presunto incumplimiento del Concesionario del SIRCI no hacen parte de lo pactado en el contrato" propuestas por RECAUDO BOGOTÁ S. A. S.

Décimo noveno.- Desestimar por falta de fundamento las demás excepciones propuestas por RECAUDO BOGOTÁ S. A. S.

Vigésimo.- Por las razones expuestas en la parte motiva, negar las demás pretensiones de la demanda de reconvención.

Vigésimo primero.- Por las razones expuestas en la parte motiva abstenerse de imponer condena en costas.

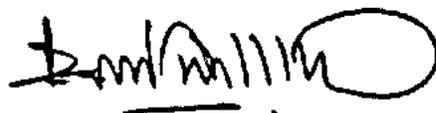
Vigésimo segundo.- Declarar causado el saldo de los honorarios señalados y el IVA correspondiente de los árbitros y del secretario por lo que se ordena realizar el pago

del saldo en poder del Presidente, quien procederá a rendir cuentas de las sumas puestas a su disposición para los gastos de funcionamiento del Tribunal.

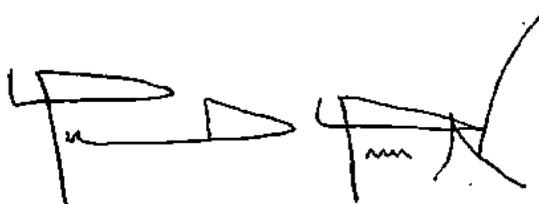
Vigésimo tercero.- Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas del presente laudo con destino a cada una de las partes y al Ministerio Público con las constancias de ley (incluida la constancia de ejecutoria) y que se remita el expediente para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Esta providencia quedó notificada en audiencia.

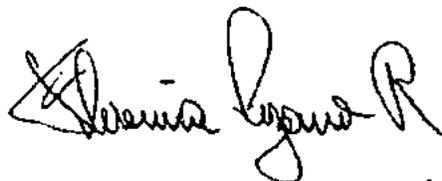
El Laudo se suscribe mediante firmas escaneadas de conformidad con lo previsto en el artículo 11 del Decreto 491 de 2020 y en el artículo 2 del Decreto 1287 de 2020.



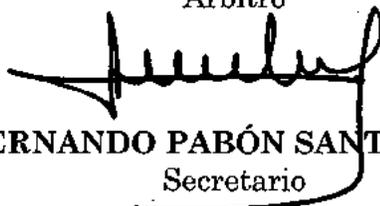
SAMUEL CHALELA ORTIZ
Presidente



HERNANDO HERRERA MERCADO
Árbitro



FLORENCIA LOZANO REVÉIZ
Árbitro



FERNANDO PABÓN SANTANDER
Secretario